كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الرابع

تتمة كتاب الطلاق، الإعتاق،

الأيمان، الحدود



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P)	5904	عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st (2 Colors)	الطبعة الأولى (لونان)

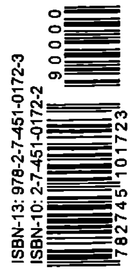
http://www.al-ilmiyah.com
Info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(بَابُ الْحَضَانَةِ)

الْأُمُّ أَحَقُّ بحضانِةِ وَلَدها قبلَ الْفرْقَةِ وَبعدَهَا.

ثمَّ أمُّهَا وَإِن عَلَتْ.

ثمَّ أمُّ الْأَبِ.

(بَابُ الحَضَانَة)

يُقَال: حَضَنَ الصَّبي حَضْناً وحِضَانَة بالكسر: جَعَلَه في حضنه، أو رَبَّاه، والحِضْنُ بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح، كذا في «القاموس».

وفي الشريعة: تربية الأم [٤٩٥/أ] أو غيرها الصغير، أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها.

(**الأم أحقّ بحضانة ولدها قبل الفرقة وبعدها**)؛ لما روى عمرو بن شعيب: أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن ولدي هذا كان بطني له وعاءً وحِجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجي»؛ ولأن الأم أشفق عليه لزيادة اتصاله بها، وأقدر على الحضانة للزومها البيت فكان الدفع إليها أنظرُ، ولا جبر لها على أخذه إن أبت، والنَّفَقة على الأب على ما سيأتي.

(**ثم أمّها**) عند عدمها، أو عدم قبولها (**وإن علت**)؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات.

وعن أبي يوسف وهو قول أحمد: أنّ أمّ الأب أولى من أم الأم.

والجواب: أن أمّ الأم تدلي إلى الأم، وهي المقدمة، فمن يدلي ولاداً أولى، وتستوي فيه المسلمة والكافرة؛ لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة، وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما في «العناية».

(**ثم أم الأب**) وإن علت؛ لأنها من الأمهات أيضاً.

ثمَّ أُخْتُ الْوَلَدِ لِأَبَوَيْنِ ثمَّ لأُمٍّ، ثمَّ لأَبٍ.

ثمَّ خَالَتُهُ كَذَلِك.

ثمَّ عمَّتُهُ كَذَلِكَ.

وَبَنَاتُ الْأُخْتِ أَولى مِن بَنَاتِ الْأَخِ.

وَهنَّ أَولى مِنَ العمَّاتِ.

(**ثم أخت الولد لأبوين، ثم لأمّ، ثم لأب، ثم خالته كذلك**)، أي: لأبوين، ثم لأمّ، ثم لأب، وفي رواية كتاب الطّلاق: الخالة أولى من الأخت لأب اعتباراً بأن الخالة هي المدلي للأم.

(**ثم عمته كذلك**)، أي: على الترتيب المذكور.

(**وبنات الأخت أولى من بنات الأخ، وهنّ أولى من العمّات**).

قال في «البحر»: أولاد الأخوات لأب وأمّ، أو لأم.. أحق من الخالات والعمات باتفاق الرّوايات.

وأما أولاد الأخوات لأب، ففي إحدى الرّوايتين: أحق من الخالات اعتباراً بالأصل.

والصحيح: أنّ الخالات أولى من أولاد الأخوات لأب، والأخت لأم أولى من ولد الأخت لأب وأم، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ؛ لأن الأخت لها حق في الحضانة دون الأخ، فكان المدلي بها أولى، وإذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة.. فأورعهم أولى، ثم أكبرهم. انتهى.

وصرّح في «الزيلعي»: بأن الخالة أولى من بنت الأخ؛ لأنها تدلي بالأم وتلك بالأخ، وبنات الأخ أولى من العمات. انتهى.

فحق العبارة على هذا التفصيل أن يقول: ثم أخت الولد لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت لأبوين، ثم بنت الأخت لأم، ثم الخالة، ثم بنت الأخت لأب،

وَمن نكحت غيرَ محرَمِهِ.. سقطَ حَقُّهَا، لَا مَن نكحت مَحرَمَهُ؛ كَأُمٍّ نكحت عَمَّهُ، وَجدّةٍ نكحت جدَّهُ.

وَيعودُ الْحقُّ بِزَوَالِ نِكَاحٍ سقطَ بِهِ.

ثم بنت الأخ، ثم العمة؛ لأن المفهوم من التفصيل المذكور هو هذا الترتيب، ولا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة؛ لأنهن غير محرمات، كذا في «الزيلعي».

وإذا لم يكن للصغير عصبة.. تدفع إلى الأخ لأم، ثم إلى ولده، ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأم، كذا في «فتح القدير».

(ومن نكحت) من هؤلاء المذكورين على الترتيب (غير محرمه)، أي: محرم الولد (.. يسقط حقها) من الحضانة، لما رويناه من حديث ابن شعيب، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً.. يعطي الولد قليلاً وينظر إليه بغضاً، فلا نظر له، والحضانة لم تشرع إلا للنظر للولد.

(لا من نكحت محرمه، كأم نكحت عمّه)، أي: عمّ الولد [٤٩٥/ب]؛ لأن الشفقة قائمة نظراً إلى القرابة، (وجدة نكحت جدّه)، أي: جد الولد؛ لأنه قائم مقام أبيه فينظر له.

(ويعود الحق)، أي: حق الحضانة (بزوال نكاح سقط) الحق (به)، أي: بذلك النكاح وهو نكاح الأجنبي للولد؛ لأن المانع قد زال فيعمل المقتضي عمله، وهذا يشبه تخصيص العلّة والمخلص معروف في «الأصول».

وهل يسقط حق الحضانة باشتراط ترك الولد عند الأب؟

قالوا: لا يسقط، بل الشرط باطل، ففي «الحاوي القدسي»: إذا اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها الصغير عند الزوج.. فالشرط باطل؛ لأن هذا حق الولد، وكذا شرط الزوج كون الولد عند الأم بعد انقطاع حق الحضانة.. باطل.

وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نفي الزَّوْجِ.

وَيكونُ الْغُلَامُ عِنْدهنَّ حَتَّى يَسْتَغْنِيَ؛ بِأَن يَأْكُلَ وَيشْربَ ويلبَس ويستنجيَ وَحدَهُ وَقُدِّرَ بتسعٍ، أَو سبعٍ.

(**والقول قولها في نفي الزوج**)، يعني: إذا اختلف الزوجان فادّعى الزوج أن الأم تزوّجت بزوج آخر وأنكرت المرأة.. كان القول لها؛ لأن الأصل عدم الحادث ما لم يثبت ببينة.

وإن أقرّت أنها تزوجت بزوج آخر، لكن ادعت أن ذلك الزوج طلقها وعاد حقها في الحضانة؛ فإن لم يتعين الزوج.. فالقول لها، وإن عينته.. لا يقبل قولها في دعوى الطّلاق حتى يقرّ به الزوج، كذا في «قاضي خان» و«فتح القدير».

(**ويكون الغلام عندهن**)؛ أي: عند واحد من هؤلاء على الترتيب المذكور.

(**حتى يستغنى بأن يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده**)؛ هكذا في نسخ «النوادر».

وقوله: «وحده» قيد للأربعة.

وفي «نوادر ابن الرشيد»: ويتوضأ وحده.

واختلفوا في المراد بالاستنجاء ههنا.

فمنهم من قال: المراد منه تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين.

ومنهم من قال: المراد به الطهارة من النجاسة.

(**وقدر**) أي مدّة الاستغناء (**بتسع**) سنين، أو (**سبع**) سنين وهو اختيار الخصّاف، وعليه «الفتوى» على ما في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي» وغيره.

ورد التقدير: بتسع بأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ التسع، وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده.

ثُمَّ يُجْبَرُ الْأَبُ على أَخذِهِ.

وَالْجَارِيَةُ عِنْدَ الْأُمِّ أَوِ الْجدّةِ حَتَّى تحيضَ، وَعند مُحَمَّد، حَتَّى تُشْتَهى كَمَا عِنْدَ غَيرِهمَا، وَبِه يُفْتى؛ لفسادِ الزَّمَانِ.

ولو اختلفا، فقال الأب: هو ابن سبع وأنا أحق به، وقالت الأم: هو ابن ست وأنا أحق به.. فالقاضي لا يحلف أحدهما، لكن ينظر إلى الصبي إن رآه أنه يستغني عن الوالدة بأن يأكل وحده.. ويلبس وحده يدفع إلى الأب، وإلا.. فلا.

(**ثم يجبر الأب على أخذه**)؛ لأنه بعد الاستغناء عن الأم يحتاج إلى المؤدب والأب أبلغ به، وكذا الجدّ أب الأب عند عدم الأب.

وفي «الحاوي القدسي»: عند انقطاع حق الحضانة كون الصبي عند الرجال العصبات إذا لم يكن أب وجد.. أولى، وكون الجارية عند النساء إذا لم يكن أم وجدة، يتخلق كل واحد منهما بما يليق به.

(**والجارية عند الأم أو الجدة حتى تحيض**)؛ لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة أدب النساء من الغزل والطبخ، والمرأة على ذلك أقدر، وبعد البلوغ يحتاج إلى التحصين والحفظ، والأب أقدر.

(**وعند محمد**) أنها عندهما (**حتى تشتهى كما عند غيرهما**)؛ لأن الجارية تترك عند الأخوات، أو الخالات [٤٩٦/أ]، أو العمات حتّى تشتهى على رواية «القدوري».

وأما على رواية «الجامع الصغير»: تترك حتى تستغني (**وبه يفتى لفساد الزمان**)، اختلفوا في حد الشهوة.

قيل: تسع، وقيل: ثمان، وقيل: ست إن كانت عبلة، وإلا.. فلا.

وهل يجوز أخذ الولد عن أمّه قبل هذه المدة وهي مطلقة الأب ولم تنكح نفسها للأجنبي؟

ففي «خزانة المفتي»: الأم إذا كانت تشرب الشراب وتحضر مجلس الفسق بعد طلاق زوجها؛ فإن كان في حالة الرضاع.. لا يؤخذ منها الولد؛ لأن الفسق لا يخل

وَمن لَهَا الْحَضَانَةُ لَا تُجبرُ عَلَيْهَا.

بتربية الولد بالإرضاع، لكن إذا استغنى عن اللبن.. يؤخذ منها؛ لأن الولد يتخلق بالأخلاق السوء. انتهى.

(**ومن لها الحضانة**) من هؤلاء المذكورين (**لا تجبر عليها**) لاحتمال عجزها عن الحضانة، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم غيره، أو لا يأخذ الولد ثدي الغير.. فحينئذٍ تجبر بالاتفاق؛ لئلا يفوت حق الولد؛ إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه.

وقال خواهرزاده وأبو الليث والهندواني: إنها تجبر ملطقاً؛ لأنها حق الولد قال الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ والمراد به: الأمر للوجوب.

قلنا: لا نسلم أنها للوجوب، بل للندب بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، ولو وجب عليها الرضاع.. لما استحقت الأجرة، وبدليل قوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾؛ حيث جعل للزوج حق الاسترضاع شرط أن لا تعاسر الأم.

ولو سلم أنّه للوجوب.. لكنه مختص بما إذا لم يرتضع الصبي إلّا من أمّه، أو لم يوجد له ظئر أو عجز الوالد عن الاستئجار على ما صرّحوا به.

واختلفوا في التصحيح والاختيار، واختيار صاحب «الهداية»: عدم الجبر؛ كما ذكره المصنف، وصحّحه في «التبيين»، وعليه «الفتوى»، كما في «الولوالجية» و«الواقعات».

وقال بعضهم: الأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاث.

وهل تستحق الأجر للإرضاع؟

فقالوا: إن الأم لو طلبت الأجر للإرضاع في نكاح الأب، أو في عدة الرجعي.. لم تستحق الأجر؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة وإن لم يكن ديناً عليها لما تلوناه، ولكنها معذورة لاحتمال العجز؛ فإذا أقدمت عليه بالأجر.. ظهرت قدرتها، فكان الفعل واجباً عليها فلا تستحق أخذ الأجر، ولو طلبت بعد العدة.. تستحق الطلب لزوال النكاح بالكلية؛ فإن طلبت أكثر من أجرة الأجنبية.. فلا يجبر الأب

فَإِن لم تكنِ امْرَأَةٌ.. فَالْحقُّ للعصباتِ على ترتيبِهم.

لَكِن لَا تُدفَعُ صبيَّةٌ إِلَى عصبَةٍ غيرِ مَحرَمٍ؛ كَابْنِ الْعمِّ وَمولَى الْعَتَاقَةِ، وَلَا إِلى فَاسِقٍ ماجنٍ.

وَإِنِ اجْتَمعُوا فِي دَرَجَةٍ.. فأورعُهُم أَولى، ثمَّ أسنُّهُم.

على إعطاء الولد إلى أمه، بل هو مخير؛ إن شاء.. أعطاه الأجنبية، وإن شاء.. أعطاه أمّه بما طلبت من الأجرة دفعاً للضرر عن الأب، وإن رضيت الأجنبيّة الإرضاع بدون الأجر، أو بدون أجر المثل، والأم بأجر المثل.. فالأب مخير أيضاً لما ذكرناه.

واختلفوا في عدة البائن:

قيل: يجوز استئجار الأم في عدّة البائن وهي مستحقة الطلب للأجر.

وقيل: لبقاء العدة هي من أحكام النكاح، ولو قالت الأم بعد العدة: لا أرضعه إلا بأجرة أو بالأقل، وقال [٤٩٦/ب] الأب أجد مرضعة بلا أجر.. ليس لها منع الأب، ولكن ترضعه الظئر في بيت أمه رعاية للطرفين، وسيأتي تفصيله في نفقة الطفل.

(**فإن لم تكن امرأة**)، أي: إن لم تكن للصغير والصغيرة امرأة من أهلها أو وجب الانتزاع من النساء.. أخذه الرجال، وإذا اختصموا فيه (.. **فالحق للعصبات على ترتيبهم**) المعروف في الفرائض وقد تقدم بيانه، وهذا؛ لأن الولاية بالقرب، فإنهم أقرب فهو أولى.

وقال في «فتح القدير»: وإذا لم يكن للصغير عصبة.. تدفع إلى الأخ لأم، ثم إلى ولده، ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأمّ، ثم لأب، ثم لأم؛ لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة في النكاح، ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة؛ لأنه آخر العصبات.

(**لكن لا تدفع صبية إلى عصبة غير محرم كابن العم ومولى العتاقة، ولا إلى فاسق ماجن**)، أي: من المحارم؛ كالأخوة والأعمام صيانة للجارية وتحرزاً عن الفتنة.

(**وإن اجتمعوا**)، أي: مستحقوا الحضانة من الرجال (**في درجة**)؛ كأخوة وأعمام (**فأورعهم أولى، ثم أسنهم**)، أي: بعد التساوي في الورع.

وَلَا حقَّ لأَمَةٍ وَأُمّ ولدٍ فِي الْحَضَانَةِ قبلَ الْعتْقِ.
والذِّميَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسلِمِ مَا لم يُخَفْ عَلَيْهِ أُلْفُ الْكفْرِ.

(**ولا حق لأمة وأم ولد في الحضانة قبل العتق**)، قيل: لعجزها عنها بالاشتغال لخدمة المولى، ولأن حق الحضانة نوع ولاية، ولا ولاية لهما فتكون الحضانة لمولاه إن كان الصغير رقيقاً، ولكنه لا يفرق بينه وبين أمه إن كانا في ملكه للنهي عن التفريق بينهما، وإن كان حرّاً.. فالحضانة لأقربائه الأحرار، وإذا عتقا.. كان لهما حق الحضانة في أولادهم الأحرار؛ لأنهما وأولادهما أحرار أوان ثبوت الحق، والمدبرة كالقنة لوجود الرق فيها، والمكاتبة أحق بولدها المولود في الكتابة؛ لأنه يصير داخلاً في كتابتها تبعاً لها، بخلاف المولود قبل الكتابة، كذا في «الزيلعي».

وأوضح منه ما في «البحر»: إن كان الصغير رقيقاً.. فمولاه أحق به؛ حرّاً كان أبوه أو عبداً، ولو عتقت أمّه بعد وضعه.. فلا حق لها في الحضانة، إنما الحق للمولى أيضاً؛ سواء كانت منكوحة أبيه، أو فارقها؛ لأنه مملوكه، هذا إذا كان الولد رقيقاً.

وأما إذا كان حرّاً.. فالحضانة لأقربائه الأحرار إن كانت أمّه أمة لا لمولاها، ولا لمولاه الذي أعتقه، وإن أعتقت.. كانت الحضانة لها. انتهى.

(**والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يُخَفْ عليه أُلْفُ الكفرِ**)؛ لأن الحضانة تبتني على الشفقة، وهي أشفق عليه، فيكون الدفع إليها أنظر ما لم يعقل الأديان؛ فإذا عقل.. ينزع منها لاحتمال الضرر.

ولا حق للمرتدة في الحضانة؛ لأنها تحبس وتضرب، فلا تتفرغ له، ولا في دفعه إليها نظر:

أما إذا أسلمت وتابت.. يسلم الولد إليها.

والذمية تمنع من أن تغذيه لحم الخنزير أو الخمر، وإن خيف أن تغذيه منهما.. لم ينزع منها، بل تضم إلى ناس من المسلمين، كذا في «فتح القدير» و«البحر».

وَلَيْسَ لِلْأَبِ أَن يُسَافِرَ بولدِهِ حَتَّى يبلغَ حدَّ الاستغناءِ، وَلَا لِلْأُمِّ إِلَّا إِلَى وطنِها، وَقد تزَوَّجهَا فِيهِ إِن لم يكن دَارَ حَرْبٍ.

(**وليس للأب أن يسافر** [٤٩٧/أ] **بولده حتّى يبلغ حدّ الاستغناء**)؛ لأن فيه إبطالاً لحق الحضانة وضرراً للولد.

(**ولا للأم إلّا إلى وطنها وقد تزوّجها فيه إن لم يكن دار الحرب**).

توضيح المسألة: إذا ثبت حقّ الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر.. فلا يخلو؛ إما أن يكون النكاح قائماً بينهما، أو تكون مطلقة رجعيّاً، أو بائناً.

فعلى الأوّل: كان للزوج منعها؛ لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجّل المهر خصوصاً بعد ما خرجت معه.

وكذلك الحال على الثاني؛ لأن المطلقة رجعياً حكمها حكم المنكوحة.

وعلى الثالث: إما أن تنقضي عدتها، أو لا تنقضي:

فإن لم تنقض.. كان للزوج منعها أيضاً؛ لأن معتدة البائن ليس لها الخروج قبل انقضاء العدة.

وإن انقضت عدّتها.. فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج إليها بلدها التي وقع العقد فيها، أو لا.

فعلى الأول: ليس للأب منعها وإن بعدت؛ كالكوفة من الشام، لحديث ابن أبي شيبة مرفوعاً «ومن تأهّل ببلدة.. فهو منهم»؛ ولأنه التزم المقام فيها عرفاً وشرعاً.. فلا يمنع من الخروج إليها، إلا أن تكون دار الحرب وهو مسلم، أو ذمي.

وإن كانت هي حربية، ولو كانا مستأمنين.. جاز لها الخروج مع الولد إلى دار الحرب؛ لأنه لما عقد فيها.. فالظاهر أنه يقيم فيها، غير أنه إذا خرج بعده وقد أعطاها المهر.. وجب عليها المتابعة، أو تابعته بلا وجوب، وإذا زالت الزوجية.. لم تجب المتابعة، فيعود الأمر إلى الأوّل، ولو كان الأولاد غيباً بأن تزوجها مثلاً بالبصرة.. فولدت له أولاداً، فخرج الأب بهم إلى الكوفة، ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم إليها.

وَلَيْسَ ذَلِكَ لغيرِ الْأُمِّ.

وَإِن كَانَ بَين المِصرَين أَو القَريَتينِ مَا يُمكنُ للْأَبِ أَن يطَّلع عَلَيْهِ ويبيتَ فِي منزلِهِ.. فَلَا بَأْسَ بِهِ.

فإن أخرجهم بإذنها.. ليس عليه أن يجيء بهم إليها، ويقال لها: اذهبي إليهم فخذيهم.

وإن كان بغير إذنها.. فعليه أن يجيء بهم إليها.

ومن هنا علم أن مراد المصنف بالأم: هي المطلقة بائناً، وقد انقضت عدتها لا مطلقاً.

وعلى **الثاني**: له منعها سواء كان مصرها ولكنه لم يعقد فيه، أو عقد فيه ولكنه ليس مصرها على أصح الروايتين، إلا أن يخرج إلى مصر قريب؛ بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد.. أمكنه أن يبيت في أهله، أو قريته كذلك وكان العقد في قرية؛ لأنه حينئذ كالانتقال من محلة إلى محلّة في بلدة واحدة، وإن لم يكن العقد في قرية، بل في مصر.. فليس لها إخراجه إلى القرية القريبة؛ لئلا يتخلق الولد بأخلاق أهل السواد؛ كذا في «فتح القدير».

هذا فيما بين الأب والأم؛ أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجدة.. فأشار إليه بقوله: (**وليس ذلك**)، أي: المسافرة والخروج بالولد (**لغير الأم**) من الجدة وغيرها؛ لأنه لم يكن بينهما عقد حتى تنتقل بسببه إلى بلدها التي وقع العقد فيها.

وكذا أمّ الولد إذا أعتقت.. لا تخرج من المصر الذي فيه الغلام؛ لما أنه لا عقد بين الأب وأم الولد، كذا في «فتح القدير».

(**وإن كان بين المصرين**) [٤٩٧/ب] (**أو القريتين ما يمكن الأب أن يطلع عليه ويبيت في منزله.. فلا بأس به**)؛ أي: بالخروج بالولد؛ لأنه بمنزلة النقلة من محلّة إلى محلّة على ما ذكرناه.

وَكَذَا النُّقلَةُ مِنَ الْقَرْيَةِ إِلَى الْمصرِ، بِخِلَاف الْعَكْسِ.

وَلَا خِيَارَ لِلْوَلَدِ.

(وكذا)؛ أي: لا بأس في (النقلة من القرية إلى المصر) إن كان بينهما ما يمكن مطالعة الأب عليه، ولأنّ فيها نفعاً للولد من حيث إنه يتخلق بأخلاق أهل المصر.

(بخلاف العكس)؛ أي: النقلة من المصر إلى القرية فإن لـلأب منعها عنها وإن كان بينهما ما يمكن مطالعة الأب على الولد، ويبيت في منزله؛ لأنّ فيها ضرراً للولد حيث يتخلّق بأخلاق أهل السّواد، إلّا أن تكون القرية وطنها ووقع العقد فيها على ما في «التّبيين». وقد ذكرناه.

(ولا خيار للولد) غلاماً أو جارية؛ أي: لا خيار له في اختيار أحد أبويه إذا بلغ السنّ الذي يكون الأب أحقَّ به كسبع مثلاً، بل يأخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الولد ذلك.

وقال الشافعي: له الخيار بينهما إذا بلغ ذلك السنّ ويختار أيّهما شاء؛ لما أخرجه الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ خيّر غلاما بين أبيه وأمّه.

ولنا: أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخلية بينه وبين اللعب، فلا يتحقق النظر؛ وقد صحّ أن الصحابة لم يخيّروا.

والجواب عما رواه الشافعي: أن النبي ﷺ دعا للولد في ذلك الحديث قال: «اللهم اهده» فوفق الولد ببركة دعائه ﷺ لاختيار الأنظر له وهو الأب، ويحتمل أن يكون ذلك الولد بالغاً على ما في «الهداية».

* * *

(بَابُ النَّفَقة)

تَجِبُ النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ وَالسُّكْنَى لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوجِهَا وَلَو صَغِيراً؛ مُسْلِمَةً كَانَت أَو كَافِرَةً، ....

(بَابُ النَّفَقَة)

هي في اللغة: اسم بمعنى الإنفاق، يقال: أنفق الرجل؛ أي: فني زاده. كذا في «المصباح».

وفي الشريعة: ما ذكره في «الخلاصة» قال: قال هشام: سألت محمداً عن النَّفقة، قال: النَّفَقة: هي الطعام والكسوة والسكنى. انتهى.

ونفقة الشخص على غيره تجب بالزوجية وبالنسب وبالملك، قدم الزوجية لكونها أصل النسب.

(تَجِبُ النَّفَقة والكِسْوَة والسُّكْنى) والظاهر من هذا العطف: عدم شمول النَّفقة لهما، ولكنها شاملة لهما، لأنها في الشريعة: هي الطّعام والكسوة والسكنى على ما ذكرناه آنفاً، فلا بدّ من التأويل بأن يقال: إنه من باب عطف الجزء على الكل، أو من باب عطف الخاص على العام للاهتمام بهما، أو أن النَّفَقة عنده مختص بالطعام على ما هو المناسب لمعناه اللغوي.

(للزوجة على زوجها، ولو) كان الزوج **(صغيراً)** بشرط أن يكون للصغير مال، وإلّا.. فلا شيء على أبيه لها على ما في «البحر».

(مسلمة كانت) الزوجة **(أو كافرة)**، والأصل فيه: قوله تعالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وقوله ﷺ في حديث حجّة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهنّ بالمعروف».

ولأن النَّفَقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوساً لحق مقصود لغيره.. كانت نفقته عليه؛ كالقاضي والمفتي والعامل في الصدقات، ولا فصل في هذه الدلائل بين المسلمة والكافرة.

فإن قيل: إن الرهن محبوس لحقٍّ [٤٩٨/أ] مقصود للمرتهن، ولذا كان أحق به من سائر الغرماء، مع أن نفقته على الرّاهن..

أجيب: بأنه محبوس لحقّ الراهن أيضاً، وهو: وفاء دينه عند الهلاك مع كونه ملكاً له.

ولم يذكر المصنف إيصال النَّفَقة إليها، وهو نوعان: تمكين وتمليك.

فالتمكين متعين فيما إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتمكن المرأة مقدار كفايتها.. فليس لها أن تطالبه بفرض النَّفَقة.

وإن لم يكن بهذه الصفة؛ فإن رضيت أن تأكل معه.. فبها ونعمت.

وإن خاصمت في فرض النَّفَقة.. يفرض لها بالمعروف، **وهو التمليك**. كذا في «البحر» نقلاً عن «غاية البيان».

والذي ظهر من قوله: «وهو التمليك» أن النَّفَقة المفروضة تصير ملكاً للمرأة بمجرد الفرض من غير حاجة إلى دفعها إليها.

لكنه قال في «البحر» بعد هذا: وظاهر ما في «غاية البيان» أن النَّفَقة المفروضة تصير ملكا للمرأة إذا دفعها إليها.. فلها التصرف فيها من بيع وهبة وصدقة وادّخار. انتهى.

ثم قال: إن المرأة تملك النَّفَقة بفرض القاضي أو بدفع شيء إليها بالرّضاء، وقال: ويستفاد هذا ممّا ذكره في «القنية» قال الزوج لها: خذي هذه الدنانير الخمسة لنفقتك ولم يعيّن الوقت، فهو تمليك لا إباحة. انتهى.

ووجه الاستفادة ظاهر، والّذي ظهر من «الخلاصة» و«البزازية»: أنها لا تملك النَّفَقة بمجّرد الفرض ما لم يدفع إليها حيث قالا: إنّها إذا خاصمت بالنَّفَقة وفرضها القاضي.. فالزوج هو الذي يلي الإنفاق عليها إلّا إذا ظهر بعد الفرض مطله.. فحينئذٍ يفرضها القاضي عليه ويأمره بأن يعطيها ما تنفق على نفسها نظراً إليها؛ فإن أبى..

كَبِيرَةً أَو صَغِيرَةً تُوطأُ، ....

حبسه ولا تسقط عنه النَّفَقة، وتؤمر هي بالاستدانة حتى ترجع عليه إن ظهر له مال. انتهى.

فإنها لو ملكتها بمجرد الفرض.. لم يكن للزوج حق التصرّف فيها بالاتفاق. كذا في «البحر».

(كبيرة أو صغيرة) تصلح أن (**توطأ**)؛ لأن الصغيرة التي لا تصلح أن توطأ.. لا نفقة لها عليه، سواء كانت في منزل الزوج أو في منزل الأب حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع؛ لأن امتناع الوطء إنما هو لمعنى فيها، والاحتباس الموجب للنفقة: ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح - وهو الجماع - أو دواعيه، ولم يوجد؛ لأن هذه لا تصلح للدواعي أيضاً لكونها غير مشتهاة.

ونقض بالرتقاء والقرناء.

ودفع بأن الدواعي غير فائتة؛ لإمكان التفخيذ وغيره هذا عندنا.

وقال الشافعي: لها النَّفَقة وإن لم تصلح للوطء؛ لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين.

قلنا: إن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد.

واختلفوا في صغيرة لا تصلح للجماع، ولكنها تصلح للخدمة، قيل: تجب لها النَّفَقة:

وقيل: لا .

وفي المحْرِمة والرتقاء والقرناء والمريضة التي لا يمكن وطؤها:

ففي ظاهر الرواية: تجب لها النَّفَقة، سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت [٤٩٨/ب] الزوج أو قبل ذلك إن لم تكن مانعة نفسها عنه.

وعن أبي يوسف: لا نفقة للرتقاء والقرناء، وتلك المريضة قبل أن ينقلها الزوج إلى بيت نفسه.

إِذا سلَّمت إِلَيْهِ نَفسَهَا فِي منزلِهِ، أَو لَم تسلِّم لحقٍّ لَهَا، أَو لعدمِ طلبِهِ.

وإن انتقلت إلى بيت الزوج من غير رضاء الزوج.. يردها الزوج إلى أهلها ولهن النَّفَقة.

وكذا: يرد الصغيرة التي لم تصلح للاستئناس.

وعن محمد في الرتقاء: مثل قول أبي يوسف.

(**إذا سلمت إليه نفسها**)؛ لأنه حينئذ يوجد الاحتباس - وهي جزاؤه - فيترتب عليه، سواء كان الزوج صغيراً، أو مريضاً لا يقدر الجماع، أو كبيراً يقدره؛ لأن المانع من قبله كالمجبوب والعنين.

ولو كانا صغيرين لا يقدران الجماع.. فالمذكور في «الذخيرة»: أنه لا نفقة لها؛ لأن المانع قد تحقق من جهتها، ولا عبرة لما في الزوج.

(**في منزله**)؛ أي: منزل الزوج.

(**أو لم تسلم لحق لها**) نحو استيفاء المعجل من المهر.

(**أو لعدم طلبه**) قال في «فتح القدير»: إن تسليمها نفسها في منزله ليس شرطاً لازماً في ظاهر الرواية، بل لها النَّفَقة من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل من بيت أبيها إلى منزل زوجها إذا لم يطلب الزوج انتقالها؛ فإن طلبه فامتنعت لحقٍّ لها كمهرها.. لا تسقط النَّفَقة أيضاً.

وإن كان لغير حق.. فحينئذٍ لا نفقة لها لنشوزها.

وقال بعض المتأخرين: لا نفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها القدوري، وليس الفتوى عليه.

وقول الأقطع - الشيخ أبي نصر - في «شرحه»: إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع.. منظور فيه، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف؛ وهو أنه: إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هي.. تجب النَّفَقة؛ لأنها سلمت نفسها، ولكنه رضي ببطلان حقّه حيث ترك النقلة، فلا يسقط حقها. انتهى.

وتُفْرَضُ النَّفَقة ....

والأصل ههنا على ما ذكره: في أن الفرقة متى كانت من قبل الزوج.. فلها النَّفَقة، وإن كانت من جهة المرأة؛ إن كانت بحق لها.. فلها النَّفَقة، وإن كانت بمعصية.. فلا نفقة لها، وإن كانت بمعنى من جهة غيرها.. فلها النَّفَقة.

ويتفرع على هذا الأصل: أن للملاعنة النَّفَقة والسكنى، والبائنة بالخلع والإيلاء وردة الزوج ومجامعة الزوج أمّها.. تستحق النَّفَقة.

وكذا امرأة العنين إذا اختارت الفرقة.

وكذا أم الولد والمدبرة إذا أعتقتا وهما عند زوج وقد بوّأهما المولى بيتا واختارتا الفرقة.

وكذا الصّغيرة إذا أدركت فاختارت نفسها.

وكذا الفرقة؛ لعدم الكفاءة بعد الدخول؛ لأن الفرقة في بعضها: من جهة الزوج، وفي بعضها: لحق الزوجة.

وأما إذا ارتدت المرأة أو طاوعت ابن الزوج.. فلا نفقة لها؛ لأن المعصية من جهتها، بخلاف ما إذا جامعها ابن الزوج مكرهة.. حيث لها النَّفَقة؛ لأن الفرقة صارت من جهة غيرها.

ولو غاب رجل، فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني، فحضر الزوج الأول، وفرق بينها وبين الثاني.. فلا نفقة على الزوج الأول في عدة الثاني؛ لأن الفرقة صارت [٤٩٩/أ] من جانب المرأة؛ لأنها محبوسة للثاني؛ فلو طلّقها الأوّل في عدّة الثاني.. لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول؛ لكونها محبوسة للثاني، ولا على الثاني؛ لكون النكاح فاسداً.

وكل من كان نكاحها فاسداً أو وطئت بشبهة.. فلا نفقة لها، إلا في النكاح بغير شهود.. فإنهم أجمعوا أنها تستحق النَّفَقة. على ما صرّح به في «الخلاصة».

(وتُفْرَضُ)؛ أي: تقدّر لها (النَّفَقة) أطلق ولم يذكر للتقدير، قد راعينا لما في

«الاختيـار» و«البحـر» وغيرهمـا: مـن أنـه لـيس فـي النَّفَقـة عنـدنا تقـدير لازم؛ لأن المقصـود مـن النَّفَقـة: الكفايـة، وذلـك يختلـف بـاختلاف الأوقـات، وطبـاع النـاس وأحوالهم، والرُّخص والغلاء. وفي التقدير بمقدار معين: إضرار بأحدهما.

فإن قيل: إن محمداً ذكر: أن الزوج إن كان معسراً.. فرض القاضي لها النَّفَقة أربعة دراهم.

أجيب عنه: بأنه ليس بتقدير لازم، بل إنما قدّره لما شاهد في زمانه، فالذي يحق على القاضي في زماننا: اعتبار الكفاية بالمعروف، فيجب على الزوج ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن؛ لأن الخبز لا يؤكل عادة إلا بالإدام، والدهن لا بد منه للنساء. على ما في «البحر».

وقال في «الاختيار»: ويقدر النَّفَقة بقدر الغلاء والرخص في كلّ وقت، ولا يقدر بالدراهم والدنانير. كذا في «قاضي خان».

قـال فـي «الخلاصـة» نقـلاً عـن «الأقضـية»: يفـرض الإدام، أعـلاه: اللحـم، والأوسط: الزيت، والأدنى: اللبن.

وقال بعضهم: إنما يفرض الإدام إذا كان خبز الشعير، ولا يفرض الفاكهة.

وفي «الذخيرة»: قالوا: اللحم ليس من الإدام خصوصاً - على أصل أبي حنيفة في اليمين -: من أن الادام ما يؤكل تبعاً، واللحم يؤكل وحده.

وفي «المجتبى»: والنَّفَقة: هي الخبز، واللحم، ودهن الرأس، ودهن السراج، وثمن الماء، وكف من الفاكهة.

وعلى المعسر: من الطعام: خبز الشعير إذا كان ذلك طعام فقرائهم، وعشرة أساتير من اللحم، وخمسة أساتير من الشحم والإلية، ولا شيء لها من الفاكهة. انتهى.

لكلِّ شبهرٍ، وتسلَّمَ إِلَيْهَا.

ولاختلاف أقوالهم.. قال في «فتح القدير»: الحق: الرجوع في ذلك إلى عرفهم؛ فإذا أراد القاضي فرض النَّفَقة.. ينظر في سعر البلد، وفيما يكفيها بحسب عرف تلك البلدة، وتقوّم الأصناف بالدراهم، ثم يُقدِّر الدراهم باعتبار حالها على ما عليه الفتوى.

(**لكل شهر، وتسلم إليها**)؛ لأنه تعذر القضاء بها كل ساعة وكل يوم، ويتعذر لجميع المدة، فقدرناه بأشهر؛ لأنه الوسط، وهو أقرب الآجال.

وفي «الخلاصة»: طلبت من القاضي فرض النَّفَقة لها على زوجها؛ فإن كان الزوج صاحب مائدة وطعام كثير.. لا يفرضها، وإلّا.. يفرضها بالمعروف شهراً شهراً.

قال مشايخنا: يختلف ذلك باختلاف حال الرجل؛ إن كان محترفاً.. يفرض النَّفَقة يوماً يوماً [٤٩٩/ب]؛ لأنه عسى لا يقدر على تعجيل نفقة الشهر دفعة واحدة، وإن كان من التجار.. يفرض عليه شهراً شهراً، وإن كان من الدهاقين.. يفرض سنة سنة. ينظر إلى ما كان أيسر.

وثمن ماء الوضوء عليها:

إن كانت غنية.. تستأجر من ينقله، ولا تنقل بنفسها.

وإن كانت فقيرة؛ إما أن ينقله الزوج، أو يدعها تنقل بنفسها.

وثمن ماء الاغتسال على الزوج غنية كانت أو فقيرة.

وفي كتاب «رزين» جعله عليها إن طهرت من الحيض وأيامها عشرة؛ فإن كانت أقل من عشرة.. فحينئذٍ على الزوج.

وكذا لو كان الغسل من جنابة.

وعلم منه أن أجرة الحمام: على الزوج؛ لأنه مؤونة الغسل.

وَالْكِسْوَةُ كلَّ سِتَّةِ أشهرٍ.

وذكر في «البحر» عن «الواقعات»: إن ماء وضوئها عليه؛ غنية كانت أو فقيرة؛ لأنه لا بد لها منه، فصار كالشرب.

قال: فظهر منه: ضعف ما في «الخلاصة».

وأما أجرة القابلة؛ إن استأجرت هي.. فعليها، وإن استأجرها الزوج.. فعليه، وإن حضرت القابلة من غير استئجار أحد.. فلقائل أن يقول: على الزوج؛ لأنه مؤونة الجماع، ولقائل أن يقول: على المرأة. كذا في «الفتاوى».

(و) تقدر (**الكسوة كل ستة أشهر**)؛ لأنها تحتاج إليها في كل ستة أشهر؛ باختلاف الحرّ والبرد.

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: ولم يذكر الخف والإزار في كسوة المرأةِ، وذكرهما في كسوة الخادم، وذلك في ديارهم بحكمِ العرف.

وفي ديارنا: يفرض الإزار والمكعب وما تنام عليه.

وفي «الفتاوى»: لا يجب عليه الملاءة والخف.

وفي «الشروح»: لا يجب عليه خفها؛ لأنها منهية عن الخروج، بخلاف خف خادمها.

الحطب والصابون والأشنان: عليه.

ويفرض الكسوة في كل ستة أشهر، إلا إذا تزوج وبنى بها ولم يبعث الكسوة.. فلها الطلب بها قبل مضي ستة أشهر.

وفي «البحر» نقلاً عن «الظهيرية»: قدَّرَ محمّد الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة.

واختلفوا في تفسير الملحفة:

قال بعضهم: الملاءة التي تلبسها المرأة عند الخروج.

وتقدَّرُ بكفايتها بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تقتيرٍ، وَيعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُهمَا؛ فَفِي الموسرينَ: حَالُ الْيَسَارِ، وَفِي المُعسرينَ: حَالُ الْإِعْسَارِ، وَفِي الْمُخْتَلِفَينِ: بَين ذَلِك.

وقال بعضهم: هي غطاء الليل تلبسه في الليل.

وذِكر درعين وخمارين.. أراد بهما صيفياً وشتوياً.

ولم يذكر السراويل في الصيف، ولا بد منه في الشتاء، وهذا في عرفهم.

أما في عرفنا: فتجب السراويل وثياب أخرى؛ كالجبة، والفراش التي تنام عليه، واللحاف، وما يدفع به أذى الحرّ والبرد.

(وتقدر)؛ أي: كل من النَّفَقة والكسوة (**بكفايتها بلا إسراف، ولا تقتير**)، أشار به إلى ما ذكرناه: من أنه ليس في النَّفَقة قدر معين، وكذا في الكسوة، بل المعتبر: قدر الكفاية بحسب عرف كل بلدة، وذلك يختلف باختلاف الأوقات والطباع والرخص والغلاء.

والإدام يقدر بقدر الكفاية أيضاً.

والأصل ههنا قوله ﷺ لامرأة أبي سفيان: «خذي من مال زوجك [٥٠٠/أ] ما يكفيك وولدك بالمعروف».

(**ويعتبر في ذلك**)؛ أي: في تقدير النَّفَقة والكسوة (**حالهما**) وهو قول الخصّاف، وعليه الفتوى على ما في «الهداية» وحواشيه.

وفسّروا قوله على أربعة أقسام، وإليه أشار بقوله:

(**ففي الموسرين**).. يعتبر (**حال اليسار**).

(**وفي المعسرين.. حال الإعسار**).

(**وفي المختلفين**)؛ أي: الزوج أو الزوجة موسرة أو بالعكس (.. **بين ذلك**)؛ أي: فوق نفقة الإعسار، ودون نفقة اليسار.

وَقيلَ: يعْتَبرُ حَالُهُ فَقَط.

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي إِعْسَارِهِ فِي حقِّ النَّفَقة، وَالْبَيّنَةُ لَهَا.

(وقيل) - وهو ظاهر الرواية واختاره الكرخي وذهب إليه جمع كثير من المشايخ، وهو قول الشافعي -: (يعتبر حاله فقط)؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ اعتبر حال الرجال في الحالتين جميعاً.

ووجه الخصاف: ما رويناه من حديث امرأة أبي سفيان حيث اعتبر فيه حالها، واعتبار حال الزوج مستفاد من الآية، فوجب اعتبار حالها معاً؛ جمعاً للدليلين.

وذكر في «المبسوط»: إن كل جواب عرف في النَّفَقة من اعتبار حاله أو حالها.. فهو الجواب بعينه في الكسوة أيضاً؛ إذ المعنى لا يختلف، وقد تعارض فيه النّصان أيضاً؛ لأن قوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ المراد به: الكسوة، وحديث امرأة أبي سفيان: عام فيهما، فتعارضا، فيصار إلى الجمع.

(والقول له في إعساره في حق النَّفقة)؛ لأنه منكر حين ادعت المرأة عليه اليسار.

(والبينة لها)؛ أي: على يساره؛ لأنها مدّعية.

قال في «الخلاصة»: ولو أقاما البينة.. فالبينة بينتها أنه موسر.

وأشار شيخ الإسلام خواهرزاده: أن القول لها في أنه قادر.

وبعض المتأخرين قالوا: ينظر إلى زيّه إلا في حق العلوية والفقهاء؛ لأن أكثرهم يلبسون أحسن الثياب، ولكن بيوتهم خالية عن الطعام واللباس. كذا في «البزازية».

وفيها أيضاً: وإن لم يكن لها بنية على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل عن جيرانه.. لا يجب عليه السؤال، وإن سأل.. كان حسناً، وإن سأل فأخبره عدلان بيساره.. يثبت اليسار، بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار؛ فإن قالا: سمعناه بأنه موسراً أو بلغناه ذلك.. لا يقبله القاضي.

وتفرضُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ خَادِمٍ وَاحِدٍ لَهَا لَو مُوسِراً، وَعند أَبِي يُوسُفَ: نَفَقَةُ خادمَينِ.

قال في «قاضي خان»: ولو اختلف الزوجان بعد فرض النَّفَقة في مقدار المفروض أو فيما مضى من الزمان بعد فرض القاضي.. كان القول قول الزوج؛ لأنه ينكر الزيادة، والبينة: بينة المرأة؛ لأنها تثبت الزيادة.

(**وتفرض عليه نفقة خادم واحد لها لو موسراً**)؛ أما لزوم نفقته.. فلأنَّ كفايتها واجب عليه، والخادم من تمام كفايتها؛ إذ لا بدّ لها منه.

وأما كونه واحداً.. فقول أبي حنيفة ومحمّد.

(**وعند أبي يوسف: نفقة خادمين**)؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل، وإلى الآخر لمصالح الخارج.

ولهما: أن الواحد يقوم بالأمرين، فلا ضرورة إلى اثنين؛ ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه.. كان كافياً عن الخادم، فكذا إذا أقام الواحد [٥٠٠/ب] مقام نفسه.

ثم قالوا: إن الزّوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته - وهو أدنى الكفاية - حتى ينتقص نفقة الخادم عن نفقة المرأة، لكن في حق الإدام دون الخبز على ما في «العناية».

وقد مر: أنّ أعلى الإدام: اللحم، وأدناه: الملح أو اللبن.

والمراد باليسار ههنا: نصاب حِرمان الصدقة، لا نصاب وجوب الزكاة. على ما في «العناية».

ثم اختلفوا في هذا الخادم:

فمنهم من قال: هو المملوك لها، حتى لو كانت حرّة أو لم تكن مملوكة لها.. لا تستحق النَّفَقة؛ لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم؛ فإذا لم يكن لها خادم.. لا تستوجبه؛ كالقاضي إذا لم يكن له خادم.. لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وَلَو مُعسراً.. لَا تلْزمُهُ نَفَقَة الْخَادِمِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَو فُرِضَت لإِعسارِهِ ثمَّ أَيسرَ فَخَاصَمته.. تمَّم لَهَا نَفَقَةَ الْيَسَارِ، وَبِالْعَكْسِ.. تلْزمُ نَفَقَةُ الْإِعْسَارِ.

وَلَا نَفَقَةَ لناشزةٍ خَرجَتْ مِن بَيتهِ ....

ومنهم من قال: كل من يخدمها؛ حرّة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها.. تستحق؛ لأن العلّة هو الخدمة وقد وجد.

وفي «الخلاصة» عن «الفتاوى الصغرى»: المنكوحة إذا كانت أمة.. لا تستحق نفقة الخادم، ونفقة الخادم لبنات الإشراف.

ولو قال الزوج لامرأته: لا أنفق على أحد من خدمك، ولكن أعطيك خادماً من خدمي وأبت المرأة.. لم يكن للزوج ذلك، ويجبر على نفقة خادم من خدم المرأة.

ولو قال لها أنا أخدمك؛ فعن أبي يوسف: أنه لا يقبل منه، وقيل: يقبل.

(ولو) كان الزوج (معسراً.. **لا تلزمه نفقة الخادم في الأصح**)؛ احتراز عما قاله محمد: إن الزوج إذا كان معسراً وكان لها خادم.. تجب عليه نفقته؛ لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها.. فتجب عليه النَّفَقة كما لو كان موسراً.

وجه الأصح - وهو ظاهر الرواية -: أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها، وإنما الخادم لزيادة التنعم، فلا يلزمه إلّا حالة اليسار؛ لأن المعسر إنما يلزمه أداء الكفاية فقط.

(**ولو فرضت**) النَّفَقة (**لإعساره، ثم أيسر فخاصمته**) المرأة (.. **تمم لها نفقة اليسار**)؛ لأن النَّفَقة تختلف بحسب اليسار والإعسار، وما قضي به تقدير لنفقة لم تجب؛ فإذا تبدل حاله.. لها المطالبة بتمام حقّها.

(**وبالعكس.. تلزم نفقة الإعسار**) لما ذكرناه.

(**ولا نفقة لناشزة خرجت من بيته**) قيد به؛ لأنها لو نشزت عن التمكين في بيت زوجها.. لا تسقط نفقتها؛ لقدرته عليها.

بِغَيْرِ حقٍّ، ....

(بغير حقّ)؛ لأنها لو خرجت من بيته بحق لها؛ كطلب المعجل من مهرها.. لا تكون ناشزة، فلها النَّفَقة.

وقال في «قاضي خان»: الناشزة: هي الّتي خرجت من منزل الزوج بغير إذنه بغير حق؛ فإن كانت لم تسلم نفسها ومنعت نفسها لاستيفاء المهر؛ **إن كان المهر مؤجّلاً** أو وهبت مهرها، ثم منعت نفسها.. كانت ناشزة.

وإن كانت سلمت نفسها، ثم منعت لاستيفاء المهر.. لم تكن ناشزة في قول أبي حنيفة، وقال صاحباه: تكون ناشزة.

ولو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعت زوجها عن الدخول عليها.. كانت ناشزة.

إلا إذا منعت [٥٠١/أ] ليحوّلها إلى منزله أو يكتري لها منزلا.. فحينئذٍ لا تكون ناشزة.

ولو كانت مقيمة في منزله ولم تمكنه من الوطء.. لا تكون ناشزة.

فظهر منه: أنها قد تكون ناشزة بمنعه عن الدخول في بيتها.

قال الفقيه أبو الليث في «خزانة الفقه»: عشر من النساء لا نفقة لهن:

١- الصغيرة الّتي لا تحتمل الجماع.

٢- والناشزة إذا لم تكن لها عليه مهر.

٣- وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها.

٤- والمحبوسة في دين.

٥- والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها.

٦- والأمة إذا لم يبوّئها مولاها.

٦- والمنكوحة نكاحاً فاسداً.

ومحبوسةٍ بدَينٍ، ....

٧- والمرتدة.

٩- والمتوفى عنها زوجها.

١٠- والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة.

وفي «الخلاصة»: ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها.

اختلف السّلف فيما إذا كانت حاملاً؛ قال بعضهم: نفقتها في جميع المال، وقال بعضهم: لا نفقة لها في مال الزوج، وهو الصحيح. انتهى.

وفيها أيضاً: إن قال الزوج: هي ناشزة.. فلا نفقة عليّ؛ فإن شهدوا أنه أوفاها المعّجل وهي لم تكن في بيت الزوج.. سقطت النَّفَقة، ولو شهدوا أنها ليست في طاعة الزوج للجماع.. لا تقبل؛ لأنها تحتمل أنها تكون في بيته ولا تكون في طاعته، وإذا كانت كذلك.. تجب عليه النَّفَقة.

(ومحبوسة بدين)؛ لأن فوات الاحتباس من قبلها بالمماطلة، ولو لم يكن منها بأن كانت فقيرة - فليس منه أيضا - فلا نفقة لها أصلاً.

وذكر الكرخي: أنها إذا حبست قبل النقلة؛ فإن كانت تقدر أن تخلي بينها وبينه في الحبس.. فلها النَّفَقة.

وإن كانت لا تقدر.. فلا نفقة لها، ولو حبست بعد النقلة.. لم تبطل نفقتها؛ لأن المنع يعارض الزوال، وهو غير مضاف إليها، فلا يؤثر في إسقاط حقّها؛ كالحيض والنفاس.

وذكر القدوري: إن ما ذكره الكرخي محمول على ما إذا كانت لا تقدر على قضائه؛ أما إذا كانت تقدر، فلم تقض حتى حبست.. فلا نفقة لها؛ لأنها هي التي حبست نفسها، وهذا التفصيل رواية أبي يوسف.

ورواية محمد في «الجامع الكبير»: أنها لا تستحق النَّفَقة مطلقاً من غير فصل، والفتوى عليه على ما في «الهداية» و«فتح القدير».

ومريضة، لم تُزَفَّ، ومغصوبةٍ وصغيرةٍ لَا تُوطَأُ، وحاجَّةً لَا مَعَه، وَلَو حجَّت مَعَهُ.. فلهَا نَفَقَةُ الْحَضَرِ لَا السّفرِ وَلَا الْكِرَاءِ.

وَلَو مَرضت فِي منزِلِهِ.. فلهَا النَّفَقة ....

وعلّلوه: بأن النَّفَقة عليه عوض عن احتباسها، غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته.. جعل باقياً تقديراً، فتجب مع فواته؛ فإذا كان لا لمعنى من جهته.. لم يكن تقدير قائما، ففات حقيقة وحكماً، وهو الموجب للسقوط.

وإذا حبس الزوج لحق أو لظلم.. فلها النَّفَقة كما إذا هرب؛ لعدم المانع من جهتها.

(ومريضة لم تزف) في منزل زوجها؛ لفوات الاحتباس المقصود من جهتها.

وقال في «الذخيرة»: لو مرضت في منزلها.. فلها النَّفَقة إذا لم تمنع نفسها من الزوج بغير حق.

(ومغصوبة) كرهاً؛ لفوات الاحتباس لمعنى في جهتها، وعن أبي يوسف: أنها تستحق النَّفَقة، والفتوى على أنها لا تستحق - على ما في «الهداية» - لأن فوات الاحتباس ليس منه حتى يجعل باقياً [٥٠١/ب] تقديراً.

(وصغيرة لم توطأ) لما ذكرناه من قبل (وحاجَّة لا معه) ، وإن كانت معها محرم لما ذكرناه آنفاً.

وعن أبي يوسف: أن لها النَّفَقة؛ لأن إقامة الفرض عذر، ولكن يجب نفقة الحضر دون السفر؛ لأنها هي المستحقة عليه كما لو حجت مع زوجها.

(ولو حجّت معه)؛ أي: مع الزوج (.. فلها نفقة الحضر لا السفر) بالإجماع. على ما في «التبيين».

(ولا الكراء)؛ لأن المستحق عليه هي نفقة الحضر لا غير.

(ولو مرضت في منزله.. فلها النَّفَقة).

لَا لَو مَرضَت فِي بَيتهَا وزُفَّت إِلَيْهِ مَرِيضَةً.

وَلَا يفرَّقُ لعَجزهِ عَنِ النَّفَقة، وتُؤمَر بالاستدانةِ..........................

والقياس: أن لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع؛ لفوات الاحتباس للاستمتاع.

وجه الاستحسان: أن الاحتباس قائم؛ فإنه يستأنس بها ويمسّها وتحفظ البيت، والمانع بعارض فأشبه الحيض.

وعن أبي يوسف: أنها إذا سلمت نفسها، ثم مرضت.. تجب النَّفَقة لتحقق التسليم، ولو مرضت، ثم سلمت.. لا تجب؛ لعدم صحة التسليم.

(لا)؛ أي: لا نفقة لها (لو مرضت في بيتها، وزفت إليه) إلى بيت زوجها (مريضة)؛ لأن المانع تحقق من جهتها قبل الزفاف في منزله.

ولكنه قال في «الاختيار»: إذا جاءت إلى منزل زوجها مريضة.. فلها النفقة.

(ولا يفرق) بينهما (لعجزه)؛ أي: لعجز الزوج (عن النَّفَقة) ولا لعدم إيفائه حقها لكونه غائباً ولو كان موسراً.

خلافاً للشافعي فيها؛ لأن الواجب الإمساك بالمعروف، وقد فات ذلك بالعجز أو بعدم الإيفاء.. فتعين التسريح بالإحسان كما في الجب والعنة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولأن في التفريق: إبطال حق الزوج بالكلية، وفي عدمه: بتجويز الأمر بالاستدانة: تأخير حقها لا إبطاله، والتأخير أهون من الإبطال، بخلاف الجب والعنة؛ فإن المقصود بالنكاح قد فات بها.

(وتؤمر) المرأة بعدما فرض لها النَّفَقة (بالاستدانة)؛ بأن يقول لها القاضي: استديني عليه الطعام.

واختلفوا في تفسير الاستدانة:

ففي «الخلاصة»: إنها الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج.

لتُحيلَ عَلَيْهِ.

وفي «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: أنها الاستقراض.

(لتحيل)؛ أي: المرأة غريمها (عليه)؛ أي: على الزوج.

وأما لو استدانت بغير أمر القاضي بعد الفرض.. فليس لها إحالة الغريم على الزوج، بل الغريم يطالبها بثمن الطعام، ثم هي ترجع على الزوج.

ولو استدانت بغير الفرض والأمر من القاضي.. لا ترجع عليه بشيء. على ما في «التحفة».

وهل يلزم الاستدانة في نفقة الصغير أيضاً في حق الرجوع على الأب؟!

ففيه تفصيل سيأتي.

ثم اختلفوا في فائدة الأمر بالاستدانة ههنا بعد الفرض: قيل: هي إثبات حق للمرأة؛ لأنها لو لم تؤمر بالاستدانة بعد الفرض؛ إما أن تموت هي جوعاً، أو يموت هو فتسقط نفقتها فيضيع حقها.

وقيل: فائدته أن يرجع الغريم على الزوج لا ما ذكر؛ لأن حق رجوعها على الزوج ثابت بمجرد فرض القاضي، سواء كانت من مال نفسها، أو استدانت بأمر القاضي، أو بغير أمره.

ذكره في «قاضي خان»؛ حيث قال: وإن فرض لها القاضي أو صالحت زوجها [٥٠٢/أ] من النَّفَقة على شيء معلوم كل شهر، فلم ينفق عليها حتّى انفقت من مال نفسها أو استدانت.. رجعت بذلك - على الزوج - أمرها القاضي بالاستدانة أو لم يأمر.

ثم قال في موضع آخر: ولو فرض القاضي لها النَّفَقة ولم يأمرها بالاستدانة فاستدانت أو صالحت زوجها من النَّفَقة كل شهر على شيء معلوم فاستدانت، أو لم تستدن.. كان لها أن ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي ما داما حيين، وإذا مات أحدهما.. لم يكن لها أن ترجع في تركة الميت.

وقيل: فائدته: أن تعذر المرأة إحالة الغريم على الزوج وإن لم يرض الزوج، وبدونه.. ليس لها ذلك، وهو الظاهر من كلام المصنف، واختاره القدوري في «التجريد».

ثم لا بدّ للمرأة حين استدانت أن تصرح بأني أستدين على زوجي أو تنوي ذلك، وإلا.. فبمجرّد الاشتراء نسيئة لا تتحقق الاستدانة، ولو أمرها القاضي.. فلا تتمكن الرجوع والإحالة عليه. كذا في «البحر».

وهل يلزمها تصريح شرط الرجوع عليه، أو لا يلزم؟

ففي «البحر»: ظاهر المتون والشروح: أن المرأة ترجع بالنَّفَقة المفروضة عليه، سواء شرط الرجوع لها أو لا.

ثم استشكل عليه بما في «الخانية» و«الظهيرية»: القاضي إذا فرض للمرأة النَّفَقة، فقال الزوج: استقرضي كل شهر كذا وأنفقي على نفسك، ففعلت.. ليس لها أن ترجع على الزوج، إلا أن يقول وترجعين بذلك عليَّ. انتهى.

وأجاب نفسه عنه: بأن المراد بما في «الخانية» و«الظهيرية»: أنها لا ترجع بدون شرط الرجوع بما استقرضت زيادة على المفروضة، وإنما ترجع بما فرض لها.

وقال في «الاختيار»: المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسراً ولها ابن من غيره موسر أو أخ.. فنفقتها على زوجها، ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها، ويرجع على زوجها إذا أيسر.

ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع؛ لأن هذا من المعروف. انتهى.

فظهر من هذا: أن الأمر بالاستدانة فيما إذا كان الزوج معسراً وهي معسرة أيضاً، ولم تكن لها من تجب عليه نفقتها لولا الزوج من الابن والأخ، وإلا.. فيؤمر بها من تجب عليه النَّفَقة.

وعلى هذا: لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على إنفاقهم.. تجب نفقتهم

وَلَا تجبُ نَفَقَةُ مُدَّةٍ مَضَت إِلّا أَن يكونَ قُضِيَ بهَا، أَو تَرَاضيا على مقدارِها.

على من تجب عليه لولا الأب؛ كالأم والأخ والعم، ثم يرجع على الأب إذا أيسر، بخلاف نفقة أولاده الكبار؛ حيث لا يرجع به عليه بعد اليسار. على ما في «التبيين».

ولو كان للزوج دين على المرأة وطلبت هي النَّفَقة المستدانة.. فهل تقع المقاصة بدين النَّفَقة بلا رضاء الزوج؟

ففي «البزازية»: لا تقع المقاصة بينهما بلا رضاء الزوج، بخلاف سائر الديون؛ لأن دين النَّفَقة أضعف، فصار كاختلاف الجنس، فأشبه ما إذا كان أحد الحقين جيّداً والآخر زيفاً.. لا يقع التقاص بلا تراض.

(**ولا تجب نفقة مدّة مضت**) ولم تصل إليها؛ إما لعجزه، أو تعنته، أو غيبته.

(**إلّا أن يكون**) القاضي (**قضى بها**) [٥٠٢/ب]؛ أي: بالنَّفَقة.

ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء.. القول قول الزوّج، والبيّنة بيّنتها. كذا في «الخلاصة».

(**أو تراضيا على مقدارها**) المعلوم لكل شهر أو سنة.. فحينئذٍ يقضى لها بنفقة ما مضى؛ لأنها صلة ليس بعوض عندنا، فلا يتملك إلّا بالقبض أو ما يقوم مقامه من القضاء أو الرضّاء؛ كرزق القاضي والمفتي في بيت المال.

وقال الشافعي: تصير ديناً عليه بلا قضاء ولا رضاء؛ لأنها عوض عن الملك كالمهر.

قلنا: لو كان عوضاً.. لوجب جملة واحدة كالمهر وثمن المبيع، ولأن ملك البضع معوض بالمهر، فلا يعوض بآخر؛ كي لا يجتمع العوضان على معوض واحد.

فإن قيل: يجوز أن يكون عوضاً عن الاستمتاع دون البضع.

قلنا: الاستمتاع بها بعد العقد الصحيح قد صار ملكه، والشخص لا يجب عليه العوض لملكه.

فإن قيل: لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب.

أجيب: بأنها صلة من وجه دون وجه، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج، وهذا لأن النَّفَقة من حيث إنها لاستيفاء حقه منها من الاستمتاع بها وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس.. تكون عوضاً، فمن هذه الحيثية: تجب على المكاتب.

ومن حيث إنها لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة بينها؛ كإعفاف كلٍّ الآخر وتحصينه من المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد: تكون صلة، فمن هذه الحيثية كرزق القاضي والمفتي، فلا تملك إلا بالقبض أو الرضاء.

والمراد بالرضاء ههنا: اصطلاحهما على قدر معيّن للنفقة؛ دراهم أو غيرها. على ما في «البحر».

والمراد بالقضاء: هو الحكم بطريق الجبر على ما هو الظاهر من عطف الرضاء عليه.

واعلم: أن النَّفَقة لا تصير ديناً عليه إلا بالقضاء أو الرضاء، ثم كل منهما قد يتغير باختلاف الأزمنة والأحوال؛ بناء على أن الواجب هو قدر الكفاية للزوجة، لا ما يتعلق به القضاء أو الرضاء مطلقاً، حتى لو قضى أو اصطلح على أزيد من قدر الكفاية.. فالزيادة ساقطة، ولو قضى أو اصطلح على أنقص من الكفاية.. فلها طلب الكفاية، والقضاء والصلح إنما يؤثران في عدم سقوط أصل النَّفَقة فقط، لا في إيجاب الزائد عليها، ولا في إسقاط قدر الكفاية.

قال في «البحر» نقلاً عن «الظهيرية»: إن القاضي إذا فرض للمرأة النَّفَقة فغلا الطعام أو أرخص.. فإن القاضي يغير ذلك الحكم.

ثم قال نقلاً عنها: أيضاً إذا صالح الرجل امرأته عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج محتاج.. لم يلزمه إلا نفقة مثلها، وإذا صالحها على دانق كل شهر.. جاز، ولها أن تنقض إن لم يكفها.

ثم ذكر عن «الذخيرة»: إن القاضي إذا فرض لها ما لا يكفيها.. فلها أن ترجع عن ذلك؛ لأنه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها.. فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها، وكذا إذا قضى على الزوج زيادة على ما يكفيها.. فله أن يمتنع عن الزيادة.

وفي «الخلاصة» و«البزازية» [٥٠٣/أ]: ولو قضى القاضي نفقة المعسرين، ثم أيسر فخاصمته.. فعليه نفقة الموسرين.

ولو صالحته على أكثر في النَّفَقة والكسوة؛ إن كان قدر ما يتغابن الناس في مثله.. جاز، وإن كان قدر مالا يتغابن الناس.. فالزيادة مردودة ويلزمه نفقة مثلها، ولا يبطل القضاء، وتبطل الزيادة.

وإذا قضى بالأقل من الدّراهم لرخص الطعام فغلا.. لها أن تطالب بالزيادة، وإذا صالحته على أقلّ ممّا يكفيها.. لها أن ترجع على ذلك.

وكذا إذا فرض على الزوج زيادة.. له أن يمنع.

قالا نقلاً عن «الأقضية»: إن كان الصلح قبل أن تصير النَّفَقة ديناً عليه بمضي مدة، أو بقضاء، أو رضاء وصلُحَ ذلك الشيء تقديراً للنفقة كالمطعومات.. يكون ذلك الصلح تقديراً للنفقة لا معاوضة، حتى يجوز الزيادة على ذلك الشيء إذا غلا السعر ولا يكفيها، ويجوز النقصان عنه أيضاً إذا رخص السعر.

وإن كان ذلك الشيء مما لا يصلح تقديراً لها؛ كالعبد والثوب والدابة.. يكون معاوضة لا تقديراً لها، حتى لا يجوز الزيادة عليه والنقصان عنه.

هذا قبل القضاء أو الرضاء، وإن كان بعد القضاء أو الرضاء، لكن قبل مضي المدّة؛ إن كان الصلح بما يمكن أن يجعل تقديراً للنفقة بأن فرض القاضي عليه كل شهر ثلاثة دراهم، فقبل مضي الشهر اصطلحا على ثلاثة مخاتيم دقيق.. كان الثاني تقديراً للنفقة لا معاوضة، ويكون ناسخاً للأول.

ومنه علم: أن ما يُصلح اللاحقَ.. يُبطِلُ القضاء السابق، وكذا الصلح السابق.

وإن كان الصلح بما لا يصلح تقديراً للنفقة كالصلح على غير المطعوم من المكيل أو الموزون بغير عينه:

فإن لم يقبض.. بطل الصلح؛ لأنه افتراق عن دين بدين.

وكذا بعد مضي المدة، وإن كان شيئاً بعينه كالعبد ونحوه.. لا يبطل.

وكذا قبل القضاء.

وإن كان الصلح بعد مضي المدة وبعد القضاء أو الرضاء على دين آخر سوى ما كان يصلح تقديراً أولا وتفرقا بلا قبض.. فالصلح باطل. انتهى.

وأوضح منه: ما ذكره في «البحر» عن «الذخيرة»: إذا صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر.. فهو جائز، وكان ذلك تقديراً لنفقتها.

والأصل ههنا: أن الصلح بينهما متى حصل بشيء.. يجوز للقاضي أن يفرضه في نفقتها بحال، فالصلح تقدير للنفقة لا معاوضة، سواء كان قبل القضاء أو الرضاء أو بعد أحدهما، وإذا وقع الصلح على شيء.. لا يجوز للقاضي أن يفرضه على الزوج في نفقتها بحال؛ كالثوب والعبد؛ ينظر: إن كان الصلح بينهما قبل القضاء والرضاء على شيء لكل شهر.. تكون تقديراً، وإن كان بعد أحدهما.. تكون معاوضة.

وثمرة كونه تقديراً: جواز الزيادة عليه والنقصان عنه.

وثمرة كونه معاوضة: عدم جواز الزيادة عليه، ولا النقصان عنه.

فإذا صالحها على دراهم كل شهر، ثم قالت: لا تكفيني.. زيدت [٥٠٣/ب] عليه، ولو قال الزوج: لا أطيقه.. ينقص عنه بعد حصول علم القاضي عدم قدرته على ذلك المقدار.

فإن لم يمض شيء من الشهر، حتى لو صالحها من هذه الدراهم على شيء.. يجوز للقاضي أن يفرضه للنفقة؛ كما إذا اصطلحا عن تلك الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بعينه أو بغير عينه، فهو تقدير للنفقة.

وإن كان لا يجوز للقاضي أن يفرضه للنفقة؛ كالثوب والعبد.. فهو معاوضة.

وإن مضى الشهر وصارت الدراهم ديناً، ثم صالحها على دقيق بغير عينه.. لا يجوز؛ لأنه افتراق عن دين بدين، إلا أن يقبض الدقيق في المجلس.

وهذا كما إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم مثلاً، فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينه.. لا يجوز الصلح؛ لأن الصلح فيه معاوضة لوجوب الدين قبل الصلح فكان بيع دين بدين.. فلا يجوز، إلا أن يدفع الدقيق في المجلس.

ولو صالحها من نفقة سنة على ثوب.. جاز.

فإن استحق الثوب؛ **فإن وقع الصلح عليه بعد الفرض أو الرضاء**.. فإنها ترجع بما فرض لها أو تراضيا عليه؛ لأن أخذها الثوب بشراء، وقد انفسخ بالاستحقاق.. فعاد دينها.

وإن كان قبل الفرض والرضاء.. رجعت بقيمة الثوب.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: إن فرض القاضي لها الكسوة لستة أشهر فتخرقت قبل مضي ستة أشهر؛ **إن لبست لبساً معتاداً** يعلم أن ذلك الثوب لم يكفيها.. فيجدد لها الكسوة؛ لأنه تبين خطؤه في التقدير.

وإن تخرقت في استعمالها.. لا يفرض أخرى؛ لأنه لا يتبين خطؤه.

وَلَو مَاتَ أَحدُهمَا أَو طُلِّقت بعدَ الْقَضَاءِ أَو التَّرَاضِي قبلَ قبضِهَا.. سَقَطت، إلّا أَن تكونَ استدانت بِأَمْرِ قَاضٍ.

(**ولو مات أحدهما أو طلقت بعد القضاء**) ظرف للفعلين (**أو التراضي**) على مقدار معلوم (**قبل قبضها**) ظرف للفعلين أيضاً (.. **سقطت**) المقضية بها أو المرضية بالموت أو الطلاق؛ لأنها صلة عندنا، والصِّلات تسقط بالموت والطلاق قبل القبض؛ كالهبة والدية والجزية.

(**إلا أن تكون استدانت بأمر قاض**).

واعلم: أنه لا خلاف في سقوط النَّفَقة المفروضة بالقضاء أو التراضي بالموت والطلاق قبل الاستدانة، وأما بعد الاستدانة.. فقد اختلفوا فيه:

فقال الخصاف: إنها تسقط، سواء استدانت بأمر القاضي أو بغير أمره، وإطلاق «الهداية» و«الكنز» يساعده.

وقال الحاكم الشهيد: إن استدانت بأمر القاضي.. لا يسقط، وإلّا.. يسقط وهو الصحيح، على ما في «الذخيرة» و«التبيين»؛ لأن استدانتها بأمر القاضي بمنزلة استدانة الزوج بنفسه؛ لعموم ولاية القاضي، وهي لا تسقط بموت أحدهما، فكذا هذا، ولأن هذه النَّفَقة لها شبهة الصلة وشبهة الديون؛ فإن أمرها القاضي بالاستدانة.. لا تسقط كسائر الديون، وإن لم يأمر.. سقطت كسائر الصلات عملاً بالدليلين، ولهذا اختاره المصنف.

وقال في «الخلاصة»: النَّفَقة المستدانة هل تسقط بالموت؟!

فيه روايتان، ولم يقيد الاستدانة بالأمر، ثم قال: وقال في «المحيط»: إنها تسقط [٥٠٤/أ] عندنا خلافاً للشافعي.

وقال في «قاضي خان»: إنّ النَّفَقة المستدانة بعد الفرض بأمر القاضي لا تسقط بموت أحدهما على خلاف ما في «المحيط»، فعلم أن فيه روايتين.

واختلفوا أيضاً في سقوطها بالطلاق قبل القبض، قيل: تسقط مطلقاً، وهو المحكي عن أبي علي النسفي والخصاف.

وقيل: إن استدانت بلا أمر القاضي.. تسقط، وإن بأمره.. لا تسقط. وهو الصحيح، على ما في «كمال الدراية» و«الذخيرة» و«فتح القدير»، وهو مختار المصنف.

وذكر البقالي: إن على قول محمد تسقط، ولا رواية فيه عن أبي يوسف.

ثم الظاهر من كلامهم: أن لا فرق بين الطلاق الرجعي والبائن في الإسقاط، حتى عطف البائن على الطلاق في «قاضي خان» نقلاً عن الخصاف؛ حيث قال تسقط بموته وموتها، وتسقط إذا طلقها أو أبانها، لكن في سقوطها بالرجعي بحث؛ لأنهم اتفقوا على أن الزوج يحبس في النَّفَقة المفروضة إذا امتنع من دفعها، ولو كانت تسقط بالرجعي.. لطلّقها فتسقط، ثم يراجعها.

وفي «المنح»: والفتوى: أنها لا تسقط في الرجعي كيلا يتخذه الناس حيلة.

وقال في «البحر»: إن القول بسقوط المستدانة بالطلاق - ولو بائناً - ضعيف؛ لأمور:

الأول: ما ذكرناه.

الثاني: أنهم صرّحوا بجواز أخذ الكفيل بالنَّفَقة المفروضة بقدر المدة التي فرضها القاضي، مع أن الكفالة لا تصح إلّا بدين صحيح، والدين الصحيح: ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلو كان دين النَّفَقة يسقط بالطلاق.. لم يكن صحيحاً، فلم تصح الكفالة، ولا يضرنا سقوطه بموت أحدهما؛ لأنه لعارض أن أصله صلة، والصِّلاَت تسقط بالموت قبل القبض.

الثالث: ما صرّحوا به: أن الطلاق على مال لا يسقط شيئاً من حقوق النكاح، والنَّفَقة من حقوقه.

والحاصل: أن دين النَّفَقة المفروضة المستدانة دينٌ صحيح تصح عنه الكفالة، ولا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء ما داما حيّين، وإن مات أحدهما.. يسقط بالموت؛ لكونه صلة فلنذكر الكفالة والبراء عنها:

أما الكفالة: فقال في «الخلاصة»: امرأة قالت: إن زوجي يريد أن يغيب عني وطلبت كفيلاً بالنَّفَقة؛ قال أبو حنيفة: ليس لها ذلك، وقال أبو يوسف: أخذ كفيلاً بنفقة شهر واحد استحساناً. وعليه الفتوى.

فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر.. يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبي يوسف.

وعنه أيضاً: لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كلّ شهر وبقي النكاح بينهما.. صح.

وقال أبو حنيفة: يصح على شهر واحد، ولو ضمن لها نفقة سنة.. جاز وإن لم تكن واجبة.

ولو طلقها زوجها رجعياً أو بائناً.. يؤخذ من كفل بنفقة عدتها كل شهر؛ لأن العدة من أحكام النكاح. كذا في «البزازية».

وأما الإبراء عنها: ففي «الخلاصة» أيضاً: امرأة ابرأت زوجها من النَّفَقة؛ إن لم تكن مفروضة.. لا تصح، وإن فرض القاضي.. صح الإبراء عن نفقة شهر.

وكذا لو قالت: [٥٠٤/ب] أبرأتك عن نفقة سنة.. لا يبرأ إلا عن نفقة الشهر الأول؛ كما لو أجره كل شهر بكذا، ثم أبرأه عن الأجر.. صح عن الشهر الأوّل.

ولو أبرأت عما مضى.. صحّ لو ادعت المرأة عدم وصول النَّفَقة والكسوة المقدرتين في مدة مديدة فالقول لها؛ لأن الأصل بقاؤهما في ذمته؛ كالمديون إذا ادّعى دفع الدّين وأنكر الدائن، كذا في «الأشباه».

وَلَو عجَّل لَهَا النَّفَقة أَو الْكسْوَةَ لمُدَّةٍ ثمَّ مَاتَ أَحدُهمَا قبلَ تَمامِهَا.. فَلَا رُجُوعَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَإِذا تزوَّجَ العَبْدُ بِالْإِذْنِ.. فنفقتُها دينٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهِ ....

(**ولو عجّل لها النَّفَقة أو الكسوة لمدّة، ثم مات أحدهما قبل تمامها.. فلا رجوع**)؛ أي: بنفقة أيام خالية عن الزوجية، هذا عندهما، (**خلافا لمحمّد**)؛ حيث قال: يسترد نفقة تلك الأيام عينها إن بقيت، وقيمتها إن استهلكت.

وأما إن هلكت.. فلا يسترد بلا خلاف.

وعنه: نفقة شهر تسترد لا أكثر. على ما في «المحيط».

وفي «الخلاصة»: والفتوى على قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

لهما: أنها صلة وقد اتصل بها القبض، فلا رجوع في الصِّلاَت بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة.

وله: أنها استعجلت عوضاً عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت، فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي والمفتي.

(**وإذا تزوج العبد بالإذن**) من مولاه، قيد بالإذن؛ لأنه لو تزوج بغير الإذن.. لم يصح النكاح، فلا نفقة لها ولا مهر، ولو دخل بها.. لا يباع في المهر؛ لأن وجوب المهر لم يظهر في حق المولى؛ لكونه محجوراً عليه، وإنما يطالب بالمهر بعد العتق، ولو مات بعد النكاح الصحيح والفرض.. سقطت النَّفَقة والمهر، ولا يطالب المولى بشيء لفوات محلّ الاستيفاء.

ولو كان العبد مدبراً أو مكاتباً.. فلها النَّفَقة أيضاً، إلا أنهما يؤديانها من كسبهما، ولا تباعان بها، إلا أن عجز المكاتب؛ فإنه يباع بعد العجز.

(**.. فنفقتها دين عليه**)؛ فإذا اجتمع عليه من النَّفَقة ما يعجز عن الأداء والمولى لم يفده (**..يباع فيه**)؛ لأنه دين في ذمته لوجود سببه - أعني: العقد الصحيح - وقد ظهر وجوبه في حق المولى بإذنه فيتعلق بملكه وهو رقبة العبد؛ كدين التجارة في

مرّةً بعدَ مرّةٍ أُخْرَى.

وَلَا يبُاعُ فِي دَينِ غَيرِهَا إِلّا مرّةً.

العبد التاجر المأذون، وللمولى أن يفدي؛ لأن حقها في النَّفَقة لا في عين الرقبة، لكن لو مات العبد.. سقطت؛ لما ذكرناه، وكذا إذا قتل في الصحيح.

وقال الكرخي: لا يسقط، بل ينتقل إلى القيمة.

وجه الصحيح: أنها صلة تبطل بالموت على ما مر.

(**مرّة بعد مرّة أخرى**)، فلو اجتمع.. عليه نفقة أخرى، بعد ما بيع مرة.. بيع ثانياً أيضاً، وكذا ثالثاً إلى ما لا يتناهى.

صورته: عبد تزوج امرأة بإذن المولى، ففرض القاضي النَّفَقة عليه، فاجتمع عليه ألف درهم، فبيع بخمس مائة - وهي قيمته - والمشتري عالم أن عليه دين النَّفَقة.. يباع مرة أخرى. كذا قاله صدر الشريعة.

وتعقبه في «البحر»: بأنه إنما يباع مرة أخرى لما يجتمع من النَّفَقة عند المشتري، لا لبقية النَّفَقة الماضية عند البائع؛ فإنه لو بيع مرة في النَّفَقة المجتمعة ولم يف [٥٠٥/أ] بكلها فاشتراه من هو عالم به.. فإنه لا يباع مرّة أخرى لبقية النَّفَقة الماضية كما في المهر؛ فإنه إذا بيع في المهر مرة.. لا يباع مرة أخرى وإن بقي شيء من ذلك المهر.

وإنما قال: «من هو عالم به»؛ لأنه إذا لم يعلم المشتري ذلك.. لا يظهر الدين في حقه، بل يكون له خيار العيب. على ما في «فتح القدير».

(**ولا يباع في دين غيرها**)؛ أي: غير دين نفقة الزوجة (**إلّا مرة**)؛ فإن أوفى الغرماء فبها، وإلا.. فيطالب بعد العتق.

والفرق بينهما: أن دين النَّفَقة يتجدد في كلّ زمان، فيكون آخر حادثاً بعد البيع، بخلاف سائر الديون؛ لأنها متحدة في جميع الأزمان.

وعَلى الزَّوْجِ أَن يُسكِنَهَا فِي بَيتٍ خَالٍ عَن أَهلِهِ وَأَهْلِهَا، وَلَو وَلَدِهِ مِن غَيرِهَا.

ويكفيها بَيتٌ مُفْردٌ مِن دَارٍ إِذا كَانَ لَهُ غُلَقٌ.

ولما فرغ من بيان النَّفَقة والكسوة.. شرع في بيان السكنى، فقال: (**وعلى الزوج أن يسكنها في بيت**)؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾.

(**خالٍ عن أهله وأهلها ولو**) - وصلية - (**ولده من غيرها**) إلّا برضاها؛ لأنه لما وجب عليه السكنى لما تلوناه حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه؛ لتضررها به؛ فإنه لا تأمن على متاعها، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها، إلا أن تختار ذلك؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها.

وفي «شرح النقاية» عن «الملتقط»: كره الوطء في بيت فيه نائم أو مغمى عليه أو صبي عاقل للجماع، وأما الصغير الذي لا يفهم الجماع.. لا يمنع عن إسكانه معها على ما في «فتح القدير».

وفي كراهية «البزازية»: لا بأس بأن يجامع زوجته وأمته بحضرة النائمين إذا كانوا لا يعلمون به، وإن علموا.. يكره.

(**ويكفيها بيت مفرد من دار إذا كان له غلق**) لحصول المقصود به، اقتصر على الغلق إشارة إلى أنه: لو كان الخلاء مشتركاً بعد أن كان له غلق يخصّه.. ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر، على ما قاله القاضي الإمام، على ما في «الخلاصة»؛ لأن الضرر: بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع والمعاشرة، وقد زال ذلك.

قال في الفصل الثاني عشر من نكاح «الخلاصة»: امرأة أبت أن تسكن مع أحماء الزوج كأمّه وغيرها، إن كان في الدار بيوت وفرّغ بيتاً منها وجعل لبيتها غلقاً.. لم يكن لها أن تطالبه ببيت آخر، وإن لم يكن في الدار إلا بيت واحد.. لها أن تطالبه، هذا فيما إذا أبت مع أحماء الزوج، ولو أبت أن تسكن مع جارية زوجها..

وَله منعُ أَهلِهَا وَلَو وَلَدِهَا مِن غَيرِهِ عَنِ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، ....

قال القاضي الإمام: هذا وما تقدم سواء؛ إن كان البيت واحداً.. لها أن تطالبه ببيت آخر أيضاً.

وذكر في «البزازية» عن «الملتقط» إذا جمع بين امرأتين في دار، وأسكن كلاً في بيت لها غلق واحدة.. لكل منهما أن تطالبه ببيت في دار على حدة؛ لأنه لا يتوفر على كل منهما حقّه، إلا إذا كان داراً على حدة، بخلاف المرأة مع الأحماء؛ فإن المنافرة في الضرائر أوفر، وإن أبت أن تسكن في بيت واحد مع جاريته أو أمّ ولده.. قيل: ليس لها ذلك، وبه أفتى برهان الأئمة؛ لأنها بمنزلة متاع البيت.

وقيل: [٥٠٥/ب] تملك مطالبة بيت لها غلق على حدة.

المنكوحة والمعتدة إذا أبت أن تطبخ أو تخبز؛ إن كان بها علة لا تقدر على الطبخ أو الخبز أو كانت من بنات الإشراف.. فعلى الزوج أن يأتيها بمن يطبخ أو يخبز، أما إذا كانت تقدر وهي ممن تخدم نفسها.. تخبز.

قال الإمام السرخسي: لا تجبر على ذلك، لكن إذا لم تطبخ.. لا يعطى لها الإدام. وهو الصحيح.

وعن محمد: للمرأة أن لا تطبخ لزوجها، ولا تخبز؛ فإن شاء الزوج.. أعطاها خبزاً - يعني: خبز البرّ - وإن شاء دقيقاً.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «أدب القاضي» للخصاف: شكت المرأة عند القاضي أن الزوج يضربها، فطلبت أن يسكنها عند قوم صالحين؛ إن علم به.. زجره، وإن لم يعلم إن كان جيرانه صالحين.. أقرّها ثمّة، لكن يسألهم إن أخبروا كما شكت.. زجره، وإن لم يكونوا صالحين أو يميلون إليه.. أمره بالإسكان عند قوم صالحين.

(**وله**)؛ أي: للزوج (**منع أهلها**) من أبويها وغيرهما (**ولو**) - وصلية - (**ولدها من غيره عن الدخول عليها**)؛ لأن المنزل ملكه.. فله حق المنع من الدخول فيه.

لَا مِنَ النّظرِ إِلَيْهَا وَالْكَلَامِ مَعهَا مَتى شاؤوا.

وَالصَّحِيح: أنَّه لَا يمْنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى الْوَالِدينِ ودخولِهما عَلَيْهَا فِي الْجُمُعَةِ مرّةً، وَفِي غَيرِهمَا فِي السّنةِ مرَّةً.

(**لا من النظر إليها والكلام معها متى شاؤوا**)؛ لما في منع النظر والكلام معها من قطعية الرحم، وليس له في ذلك ضرر.

وقيل: لا يمنعهم من الدخول والكلام، ويمنعهم من القرار عندها؛ لأن الفتنة في القرار وتطويل الكلام معها.

(**والصحيح: أنه لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ودخولهما عليها في الجمعة مرة، وفي غيرهما**)؛ أي: غير الوالدين من أقاربها (**في السنة مرة**)، احترز بالصحيح: عما روي عن أبي يوسف في «النوادر»: أنه إذا كان الأبوان قادرين على إتيانها.. لا تذهب هي إليهما، وإن كانا لا يقدران.. يأذن لها زوجها في كل شهرين ونحوه.

وعمّا روي عن محمّد بن مقاتل: أنه قدر شهر في غير الأبوين من المحارم.

وفي «الخلاصة» عن «الفتاوى»: للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع: ترك الزينة والزوج يريدها، وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، وترك الصلاة في رواية، وترك الغسل في أخرى، والخروج من البيت؛ أما ما لا تمنع من زيارة الأبوين في كل جمعة، وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة.

ثم قال فيها أيضاً: امرأة لها أب زمن، وليس له من يقوم عليه غير البنت ويمنعها الزوج من تعاهده.. جاز لها أن تعصي زوجها وتطيع أباها، سواء كان الأب مسلماً أو كافراً.

وفي «مجموع النوازل»: يجوز للزوج أن يأذن بالخروج إلى سبعة مواضع: زيارة الأبوين، وعيادتهما، وتعزيتهما، أو أحدهما، وزيارة المحارم؛ فإن كانت قابلة

أو غسّالة أو كان لها على آخر حق أو لآخر عليها حقّ.. تخرج بالإذن أو بغير الإذن.

والحج على هذا.

وفيما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة.. لا يأذن لها ولا تخرج، ولو أذن وخرجت [٥٠٦/أ].. كانا عاصيين.

وتُمنع من الحمام. فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضاء الزوج.. ليس لها ذلك؛ فإن وقعت لها نازلة؛ إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك.. لا يسعها الخروج، وإن امتنع من السؤال.. يسعها الخروج من غير رضاء الزوج.

وإن لم يقع لها نازلة، لكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة؛ إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها.. له أن يمنعها، وإن كان لا يحفظ.. الأَولى: أن يأذن لها أحيانا، وإن لم يأذن.. فلا شيء عليه، ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة.

وفي «النوازل»: المرأة قبل أن تقبض مهرها: لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج؛ فإن أعطاها المهر.. ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج.

ولا تسافر المرأة مع عبدها خصياً كان أو فحلاً.

ولا بأس بأن تسافر مع زوج بنتها، ومع ابن زوجها، ومع زوج أمّها، ولا تسافر مع أبيها المجوسي، وكذا مع من كان من أهل الكفر؛ الكبيرة، والشابة سواء في السفر؛ أما الصغيرة التي لا تشتهى.. فلا بأس بأن تسافر بغير محرم، ولا يكون الغلام الذي لم يحتلم محرماً لامرأة في السفر، إلا أن يكون مراهقاً، وحدّه: ثلاثة عشر، أو اثني عشر.

والمرأة لا تكون محرماً لامرأة في السفر في ظاهر المذهب.

وتفرض نَفَقَةُ زَوْجَةِ الْغَائِبِ وطفلِهِ وأبويهِ فِي مَالٍ لَهُ مِن جنسِ حَقِّهم عِنْدَ مُودَعٍ أَو مضَارِبٍ أَو مديونٍ يُقِرُّ بِهِ وبالزوجيَّةِ، أَو يعلمَ القَاضِي ذَلِك، ..

رجل له والدة شابة تخرج مع الزينة إلى الوليمة والمأتم بغير إذنه ولها زوج.. ليس له أن يمنعها من الخروج ما لم يثبت عنده أنها تخرج لأجل الفساد، وإذا ثبت عنده.. لا يمنع بنفسه، لكن يرفع إلى القاضي.

(**وتفرض نفقة زوجة الغائب وطفله**)، وحكم الولد الكبير الزمن ونحوه؛ ذكراً أو أنثى: مثل حكم الطفل على ما سيأتي بيانه، فليس قيد الطفل احترازاً عنه، بل عن غيره من المحارم نحو الأخ والعم.

(**وأبويه في مال**) متعلق بتفرض (**له**)؛ أي: للغائب حال كون المال (**من جنس حقهم**) من الدراهم والدنانير والبر والطعام والثياب؛ لأنه من جنس حقهم في الكسوة، بخلاف ما لو كان المال خلاف جنس حقهم؛ كالدار والحيوان.. فإنه لا تفرض لهم النَّفَقة من ذلك المال؛ لأنه يحتاج إلى البيع، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق.

(**عند مودع**) حال من «مال».

وفيه بحث؛ لأنها يستعمل في الأمانات، فليس في موقعه بالنسبة إلى المديون، وإن جعل بمعنى «على» بالنسبة إلى المديون.. يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، إلا أن يراد عموم المجاز.

(**أو**) عند (**مضارب أو مديون يقر**)؛ أي: كل من المضارب والمودع والمديون (**به**)؛ أي: بالمال.

(**وبالزوجية**) وبالنسب نظراً إلى الطفل والأبوين.

(**أو يعلم القاضي ذلك**)؛ أي: المال والزوجية والنسب؛ فإنه يفرض لهم النَّفَقة بعلمه ذلك وإن لم يعترف مَن عندَه المال.

وقال زفر: لا يدفع إليها من الوديعة، ويأمرها [٥٠٦/ب] بالاستدانة عليه؛ لأن المودَع مأذون بالحفظ دون الدفع.

ولنا: أن صاحب اليد لما كان مقرّاً بالمال والزوجية والنسب.. فقد أقرّ لهم بحق الأخذ؛ لأن لهم أن يأخذوا بأيديهم من ماله بغير رضاء لما رويناه من حديث امرأة أبي سفيان.

وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا؛ فإن إقراره ههنا أشد قبولاً من إقراره في غير هذا الموضع؛ لتعين طريق إثبات الحق في إقراره؛ لعدم إثباته بالبينة؛ فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية والوديعة - لا تقبل بينة المرأة فيه؛ لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية.. فالمودع ليس بخصم فيه، وإن كانت لإثبات الوديعة.. فالمرأة ليس بخصم في إثبات حقوق الغائب، وكذا غيرها؛ فإذا قبل إقراره في حق نفسه حتى يؤخذ منه.. تعدى إلى غيره وهو الغائب ضرورة.

وكذا: إذا كان المال في يد مضاربه أو مديونه وأقر بالمال والزوجية والنسب، أو علم القاضي بذلك.

وإن علم أحدَهما فقط من الزوجية والنسب أو المال.. يحتاج إلى إقرار الآخر مما ليس بمعلوم له على الصحيح. كذا في «التبيين».

وحاصله على ما في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: أن الغائب؛ إما أن يكون له مال حاضر في بيته، أو عند غيره من المودع والمضارب والمديون، أو لم يكن له مال أصلاً.

فإن لم يكن له مال أصلاً.. لا يفرض لها القاضي النَّفَقة بطريق الاستدانة عند أصحابنا الثلاث، وعند زفر: يفرض ويأمرها بالاستدانة، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً.

ويحلِّفُها أنَّه لم يُعْطِهَا النَّفَقة، وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلاً.

وإن كان له مال حاضر في بيته؛ **فإن علم القاضي بالنكاح بينهما.**. يفرض النَّفَقة ويأخذ منها كفيلا بعدما حلفها أنه لم يعطها نفقتها ولم يكن معها ما يزيل النَّفَقة من النشوز.

وإن لم يعلم القاضي بالنكاح بينهما وأقامت المرأة البينة على النكاح.. لا تقبل عند أبي حنيفة، وتقبل عند أبي يوسف وتفرض النَّفَقة عنده.

وإن لم يقض بالنكاح؛ **فإن حضر وأنكر النكاح**.. كلفها القاضي بإعادة البينة؛ فإن لم تعدها.. أمرها القاضي بردّ ما أخذته.

وإن أقرّ بالنكاح.. أمره بقضاء الدين، والقضاة في زماننا إنما تقبل بينة المرأة وتفرض لها النَّفَقة من مال الغائب لا إنه متفق عليه عند الثلاث، بل لأنه مجتهد فيه، خالف فيه زفر وأبو يوسف على ما ترى لحاجة الناس إليه، فهو أرفق بالناس.

وإن كان له مال عند المودع أو المضارب أو المديون؛ فإن كانوا مقرّين بالمال والنكاح.. أمرهم القاضي بأداء نفقتها من ذلك المال، وإن كانوا منكرين بهما أو بأحدهما - ولا يعلم القاضي - فلا يفرض لها النَّفَقة، وإن أقامت البينة.. فلا تقبل على ما ذكرناه.

هذا كله إذا كان المال في بيته أو عند غيره من جنس حقّهم، وإلا.. فلا على ما ذكرناه.

(**ويحلفها**) [٥٠٧/أ] القاضي (**أنه لم يعطها النَّفَقة**) ولم تكن ناشزة، وهذا لأن في التحليف نظراً للغائب.

(**ويأخذ منها كفيلا**)؛ لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها، أو على أنه طلّقها وانقضت عدتها، أو أنها ناشزة؛ فإن اتفق ذلك.. كان الزوج مخيرّاً في أخذ أيّهما شاء من المرأة والكفيل، فيكون أخذ الكفيل أنظر للغائب.

فَلَو لـم يقرُّوا بِالزَّوْجِيَّةِ وَلم يعلمِ القَاضِي بهَا فأَقامت بَيِّنَةً.. لَا يقْضِي بهَا.

وَكَذَا لَو لم يخلِّف مالاً فأقامتِ الْبَيِّنَةَ على الزَّوْجِيَّةِ ليفرضَ لَهَا النَّفَقة ويأمرَها بالاستدانةِ عَلَيْهِ.. لَا يسمعُ بيِّنَتَها، وَعند زفر: يسْمعُهَا ليفرض النَّفَقة لَا لثُبُوتِ الزَّوْجِيَّةِ، وَهُوَ الْمَعْمُولُ بِهِ الْيَوْمَ وَالْمُخْتَارُ.

والفرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين الورثة الحاضرين بالبينة ولم يقولوا: لا نعلم وارثاً آخر.. حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة؛ لأن هناك المكفول له مجهول، وههنا معلوم وهو الزوج.

واختلفوا في أخذ الكفيل، هل هو واجب أو حسن؟

فذهب الإمام السرخسي إلى أنه واجب على القاضي، وصحّحه الصدر الشهيد؛ لأنه نصب ناظراً.. فيجب عليه النظر.

وذهب الخصّاف إلى أنه حسن، واختاره في «الزيلعي».

(**فلو لم يقرّوا**)؛ أي: من كان في يده المال؛ من المودع والمضارب والمديون (**بالزوجية**) أو المال (**ولم يعلم القاضي بها**) بالزوجية أو المال (**فأقامت**) المرأة (**بينة**) على الزوجية أو على المال (**..لا يقضي**) القاضي (**بها**) لما ذكرناه: من أن المنكرين المذكورين ليسوا بخصم للمرأة في إثبات الزوجية، والزوجة ليست بخصم في إثبات المال للغائب، وكان أبو حنيفة يقول أوّلا: إنّ بيّنتها تقبل، ثم رجع وقال: لا تقبل.

(**وكذا لو لم يخلِّف**)؛ أي: الزوج الغائب (**مالاً فأقامت البيِّنة على الزوجية ليفرض لها النَّفَقة ويأمرها بالاستدانة عليه**)؛ أي: على الزوج.

(**لا يسمع بينتها**)؛ لأنه قضاها على الغائب فلا يسمع، هذا عند الثلاث.

(**وعند زفر: يسمعها ليفرض النَّفَقة لا لثبوت الزوجية وهو**) - أي: قول زفر، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً - (**المعمول به اليوم والمختار**) للفتوى؛ لأن في قبول البينة

وَتجبُ النَّفَقة وَالسُّكْنَى لمعتدَّةِ الطَّلَاقِ وَلَو بائناً، ....

بهذه الطريقة نظرا للمرأة، وليس فيه ضرراً على الغائب؛ لأنه لو حضر وصدّقها أو أثبتت هي ذلك.. كانت أخذت حقها، وإلا.. فيرجع عليها أو على الكفيل.

(**وتجب النَّفَقة والسكنى لمعتدة الطلاق ولو بائناً**).

وقال مالك والشافعي: لا نفقة للمبانة، إلا أن تكون حاملاً؛ لما روى الجماعة إلا البخاري من حديث الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت: طلّقني زوجي ثلاثاً ولم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، وأمرني أن أعتد في بيت ابن أمّ مكتوم.

وفي «مسلم»: لا نفقة لها، إلا أن تكون حاملاً.

ولنا: ما رواه مسلم: أن عمر رضي الله عنه قال: لا ندع كتاب ربنا، ولا سنة نبينا ﷺ بقول امرأة لا تدري أنها حفظت أم نسيت، وفيما روى الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث: النَّفَقة والسكنى»، وزيادة الثقات مقبولة.

والمراد بكتاب ربنا: قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ نهى في الأول: عن الإخراج والخروج، وفي الثاني: أوجب النَّفَقة والسكنى، ولم يفرق بين البائن والرجعي؛ لأن وجوبها جزاء الاحتباس لحقه، وهذا المعنى موجود فيهما.

فإن قيل: المراد [٥٠٧/ب] بالآية: المطلَّقة الرجعية؛ بدليل قوله تعالى في آخرها: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾؛ إذ لا خيار له في البائن.

قلنا: صدر الآية عام، وآخرها خاصّ ببعض ما تناوله الصدر، وذلك لا يبطل عمومه؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾؛ فإنه عام في البائن والرجعي ولم يبطل عمومه بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ وهو خاصّ بالرّجعي.

هذا في النَّفَقة والسكنى، وفي لزوم الكسوة لها تفصيل:

إن استغنت عنها لقصر مدة العدّة؛ كما إذا اعتدت بالحيض وحاضت أو بثلاثة أشهر.. فلا كسوة لها، وإن احتاجت إليها لطول المدة.. لها الكسوة أيضاً، ولهذا لم يذكرها؛ لأن الغالب قصر المدة، وإذا ثبت أن للمعتدة نفقة؛ فإذا لم تأخذها حتى انقضت عدتها.. هل تسقط النَّفَقة بالانقضاء كما تسقط بالموت في العدة؟! فإن لم تكن مفروضة بالقضاء أو التراضي.. تسقط بالاتفاق؛ لكونها صلة، وإن كانت مفروضة لها... اختلفوا فيه، والمختار: أنها لا تسقط على ما ذكره الصدر الشهيد عن شمس الأئمة الحلواني.

وقيل: تسقط، وهو رواية عن الحلواني على ما في «فتاوى قاضي خان».

وفي «الذخيرة»: المعتدة إذا خرجت من بيت العدة.. تسقط نفقتها؛ فإذا عادت.. عادت النَّفَقة؛ لأنها بالخروج كانت ناشزة.

وفي «المحيط» القول قولها في انقضاء العدة؛ فإن أقام الزوج بينة على إقرارها بانقضاء العدة.. برئ من النَّفَقة؛ فإن ادعت حبلاً.. أنفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ طلقها.

رجل أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدّتها، فلما انقضت عدتها.. أبت أن تتزوج، فهل يرجع عليها بما أنفق؟ إن شرط في الإنفاق عليها التزوج.. يرجع عليها؛ زوّجت نفسها، أم لا، على ما ذكره الصدر الشهيد.

وفي «الخلاصة»: والصحيح: أنه لا يرجع لو زوّجت نفسها، وإن لم يشترط التزوج لكن أنفق على هذا الطمع.. اختلف المشايخ فيه، والأصح: أنه لا يرجع، على ما قاله الصدر الشهيد.

وعن الشيخ الإمام: الأستاذ: الأصح: أنه يرجع عليها زوّجت نفسها منه، أو لم تزوجه؛ لأنه رشوة، وهكذا اختار في «المحيط».

والمفرَّقةِ بِلَا مَعْصِيةٍ؛ كَخِيَارِ الْعتْقِ وَالْبُلُوغِ والتفريقِ لعدمِ الْكَفَاءَةِ.. ....

وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها؛ أما إذا أكلت معه.. لا يرجع عليها بشيء.

ولو عمل في كَرْمِ رجل على طمع أن يزوج بنته منه، فلم يزوج.. يرجع بأجر المثل؛ شرط التزوج أم لا.. إذا عُلِم أنه يعمل لهذا الغرض.

وعن ظهير الدين: أنه لا يرجع؛ لأن المنافع إنما تتقوم عندنا بالعقد.

قلت: الفتوى على أنّ المنافع تتقوم في حق من عمل للناس بالأجر وإن لم يسم الأجر، وهو المروي عن محمد على ما في الفصل الخامس من استصناع «الخلاصة».

(**والمفرقة بلا معصية**)، أي: وتجب النَّفَقة والسكنى للمفرقة [٥٠٨/أ] بلا معصية من قبلها؛ (**كخيار العتق**)، أي: أمة تحت حرّ أعتقها مولاها فاختارت الفرقة.. فلها النَّفَقة والسكنى على الزوج ما دامت في العدّة؛ لأن الفرقة ليست لمعصية من قبلها بل لدفع مضرة زيادة الملك عليها.

(**و**) كخيار (**البلوغ**)؛ لأن الفرقة ليست لمعصية من قبلها أيضاً، بل لدفع مضرّة علمتها بالبلوغ.

(**والتفريق؛ لعدم الكفاءة**)؛ لأنها حبست نفسها لأجل حقّها، وذلك لا يسقط النَّفَقة؛ كما إذا حبست لاستيفاء المهر.

وكذا لا تسقط النَّفَقة للفرقة باللعان والإيلاء والعنة والجب والخلع وردة الزّوج، أو إبائه عن الإسلام حين أسلمت المرأة وعرضت عليه الإسلام، أو وطئه أمّ امرأته، أو بنتها، أو وطئها ابن زوجها مكرهة قبل الطّلاق، أو بعد وقوع الطّلاق الرجعي وهي في عدّته، أو وطئها مطاوعة منها في عدة البائن على ما سيصرّح؛ لعدم المعصية من قبلها من الكل.

لَا لمعتدَّةِ الْمَوْتِ والمفرَّقةِ بِمَعْصِيَةٍ؛ كالرِّدَّةِ، وتقبيلِ ابْنِ الزَّوْجِ.

(لا لمعتدة الموت) ولو حاملاً؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج، بل لحق الشرع؛ فإن التربص عبادة منها، ألا ترى أن معنى التعرف لبراءة الرحم ليس بمراعىً فيه حتى لا يشترط فيها الحيض، فلا تجب نفقتها عليه؛ ولأن النَّفَقة تجب شيئاً فشيئاً - ولا ملك له بعد الموت - فلا يمكن إيجابها لا في ملكه، ولا في ملك الورثة، وكذا لا تجب لها السكنى أيضاً عندنا لما ذكرناه؛ كما صرّح به في «البحر».

وقال الشافعي: لها السكنى.

وفي «الخلاصة»: ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها، اختلف السلف فيما إذا كانت حاملاً، قال بعضهم: نفقتها في جميع المال، وقال بعضهم: لا نفقة لها في مال الزّوج. وهو الصحيح. انتهى، وإليه أشار المصنف بإطلاقه.

(و) لا تجب النَّفَقة أيضاً لعدة **(المفرقة بمعصية)** حاصلة من قبلها **(كالردة** الحاصلة منها، لكن هذا إذا أخرجت المرأة للحبس من بيت الزوج.

وأما إذا اعتدّت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس.. فلها النَّفَقة على ما صرَّح به في «المبسوط».

(وتقبيل ابن الزوج)؛ لأنها صارت حابسةً نفسها من الزوج بغير حقّ، فصارت كالناشزة، بخلاف المهر بعد الدخول؛ لأنه تأكد بالدخول والتسليم.. فلا يسقط.

والأصل ههنا: أن الفرقة؛ إما من قِبَله، أو من قِبَلها:

ففي الأول: لها النَّفَقة مطلقاً؛ سواء كانت بغير معصية؛ مثل الفرقة بطلاقه، أو لعانه، أو عنيته أو جَبِّه بعد الخلوة، أو بمعصية مثل: الفرقة بتقبيله بنت زوجته، أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر ونحوها.

وأما الثاني:

فإما بمعصية؛ مثل تمكينها ابن الزوج، أو إبائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسيّة وردتها.. فلا تجب لها النَّفَقة.

وَلَوِ ارْتَدَّت مُطلقَةُ الثَّلَاثِ.. تسْقطُ نَفَقَتُهَا، لَا لَو مكَّنتِ ابْنَهُ.

وإما بغير معصية؛ مثل الفرقة بخيار البلوغ وغيرها.. فتجب لها النَّفَقة على ما تقدم بيانه. هذا في النَّفَقة.

وأما السكنى.. فهي واجبة لها في جميع صور الفرقة، بمعصية أو بغير معصية؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها، فلا تسقط بمعصيتها.

وأما النَّفَقة.. فواجبة لها تسقط [٥٠٨/ب] بمعصية من قبلها، كذا في «العناية».

(**ولو ارتدّت مطلقة الثلاث.. تسقط نفقتها**)؛ لأنها تحبس حتى تتوب، ولا نفقة للمحبوسة.

(**لا**) تسقط (**لو مكنت ابنه**)، أي: مكنت بعد الطّلاق البائن واحداً أو ثلاثاً؛ لأن الفرقة ثبتت بالطلاق البائن من قبله، وكذا النَّفَقة، ولا عمل فيها للتمكين من قبلها بعده، وهو القياس في الرّدة بعد الثلاث أيضاً، إلا أن لها النَّفَقة للحبس على ما ذكرناه، ولا حبس في الممكنة.

ولو مكنت ابنه في عدّة الطّلاق الرّجعي.. تسقط النَّفَقة عنه؛ لأن الطلاق الرجعي لا يوجب الفرقة، فكان وقوع الفرقة بتمكينها لا بالطّلاق .

* * *

(فَصْلٌ)

وَنَفَقَةُ الطِّفْلِ ....

(فصل)

(ونفقة الطفل) ذكراً كان أو أنثى، بخلاف البالغ: إذا كان ذكراً.. فإنه لا تجب نفقته على أبيه وعلى غيره من الأقارب على الصحيح - على ما في «الزيلعي» - وفيه تفصيل:

وهو أنّ الأب؛ إما غني أو فقير، والأولاد إمّا صغار أو كبار:

* فالأب إن كان غنياً والأولاد كباراً إناثاً أو ذكوراً:

- فالإناث: عليه نفقتهن إلى أن يتزوّجن إذا لم يكن لهنّ مال، وإذا طلّقن وانقضت عدّتهن.. عادت نفقتهن على الأب.

- والذكور: أما عاجز عن الكسب لزمانه، أو أعمى، أو شلل، أو ذهاب عقل.. فعليه نفقتهم، وكذا إذا كان من أبناء الكرام والناس لا يستأجره.. فهو عاجز، وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب.. فنفقتهم على آبائهم.

* وإن كان الأب غنياً والأولاد صغاراً:

- فإن لم يكن لهم مال.. فعليه نفقتهم إلى أن تبلغ الذكور حد الكسب، وإن لم تبلغ.

- وإن كان لهم مال فإمّا حاضر أو غائب:

- فإن كان حاضراً.. فنفقتهم في مالهم.
- وإن كان غائباً.. فعلى الأب نفقتهم، ثم يَرْجِعُ في مالهم إن أنفق بإذن القاضي، أو بإشهاده على أنه أنفق ليَرجِعَ، وإن أنفق بنية الرجوع بلا إشهاد.. لا رجوع قضاءً، ويجوز ديانةً.

الْفَقِيرِ على أَبِيهِ ....

وفي «العمادي»: إذا اشترى الأب الطعام للصغير من مال نفسه وللصغير مال.. فالأب متبرع استحساناً.

* وإن كان الأب فقيراً؛ فإن كانوا أغنياءً كباراً يقدرون على الكسب.. فلا شيء على الأب، وكذا إذا كانوا صغاراً أغنياء.

* وإن كان الأب فقيراً؛ فإن كانوا صغاراً وكباراً عاجزين عن الكسب والأب أيضاً عاجز عن الكسب؛ قيل: نفقتهم في بيت المال.

وإن كان الأب قادراً على الكسب.. فعليه الكسب وينفقهم من كسبه، ولو امتنع عن الكسب.. حبس، كذا في «فتح القدير».

وقال في «الخلاصة»: والذكور من الأولاد إذا بلغوا حد الكسب ولم يبلغوا الحلم في أنفسهم.. يدفعهم الأب إلى عمل؛ ليكتسبوا، ويؤاجرهم وينفق عليهم من أجرتهم وكسبهم.

وأما الإناث: فليس للأب أن يؤاجرهنّ في عمل، أو في خدمة.

فإن كان الأب مبذراً.. يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه.

ولو كان الأب زمناً.. يقضى بالنَّفَقة على الجد ولم يرجع على أحد بالاتفاق.

وذكر فيها أيضاً: لو كان للفقير أولاد صغار وجدّ موسر.. لم تفرض النَّفَقة [٥٠٩/أ] على الجد، لكن يؤمر الجدّ بالإنفاق، وذلك دين على والد الصّغار.

وذكر في «جوامع الفقه»: أن الأب إذا كان موسراً.. فعليه نفقة الطفل، وإن لم يكن موسراً وله جدّ، أو أمّ، أو خال، أو عمّ موسر.. يجبر على نفقة الطفل ويرجع بها على الأب إذا أيسر، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب.

ثم يرجع عليه (**الفقير**)، قيد بالفقير؛ لأن الغني يأكل من مال نفسه إن كان له مال حاضر على ما ذكرناه.

(**على أبيه**) خاصة وإن خالفه في الدين على ما في «الحاوي القدسي».

لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحدٌ؛ كَنَفَقَةِ الْأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَةِ.

(**لا يشاركه فيها أحد؛ كنفقة الأبوين والزوجة**)، أي: كما أن نفقة الأبوين على الابن ونفقة الزوجة على الزوج.. لا يشاركهما فيها أحد، هذا في ظاهر الرواية.

وفي رواية عن أبي حنيفة: أن نفقة الأولاد الصغار على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثها.

ووجه الظاهر: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ والمولود له: هو الأب، وذلك أنه تعالى لما أوجب رزق الوالدات على الأب بسبب الولد؛ بناءً على أن الحكم المسبق يقتضي عليه المأخذ.. فلأنْ تجب نفقة الأولاد عليه: أولى.

وإنما لم يشاركه فيها أحد؛ لأنه لما نسب إليه الولد بلام الملك في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾.. دلّ بطريق الإشارة على انفراده بالإنفاق عليه؛ إذ لا يشاركه أحد في تلك النسبة.. فلا يشاركه في الإنفاق عليه أيضاً.

فإن قيل: قد مرّ مراراً أنّ علّة لزوم نفقتهن على الزّوج: هو الاحتباس، فلو كان غيره علّة أيضاً.. لزم توارد العلّتين المستقلّتين على معلول واحد شخصي، وذلك لا يجوز.

قلنا: إن العلة في الحقيقة هو الولاد؛ لأنه هو السّبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد، والاحتباس علّة العلّة، والعقد الصحيح سبب يفضي إليه، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد؛ فإذا تحقق.. يضاف الحكم إليه.

وقد يستدل عليه بطريق السبر والتقسيم: بأن الآية المذكورة لما دلّت على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف.. دلّت على نفي المشاركة في نفقة الولد أيضاً؛ لأن كلّاً منهما لا يقبل الاشتراك.. فكذلك النَّفَقة الثابتة بهما؛ فإذا انتفى الاشتراك؛ فإمّا أن تثبت على الأب، أو على غيره، أو لم تثبت على أحد، لا سبيل إلى الثاني والثالث.. فتعين الأول.

وَلَا تجبرُ أُمُّهُ على إِرضاعِهِ إِلّا إِذا تعيَّنت.

ويستأجِرُ مَن تُرْضِعُهُ عِنْدهَا.

وَلَو اسْتَأْجرَهَا وَهِيَ زَوجتُهُ أَو معتدَّتُهُ مِن رَجْعِيٍّ لتُرضِعَ وَلَدَهَا.. لَا يجوزُ.

(ولا تجبر أمّه على إرضاعه) لما مرّ أنّ كفايته على الأب، وأجرة الرضاع: كالنَّفَقة، تجب على الأب لا على الأم؛ ولأنها عست لا تقدر على الإرضاع لعذر بها.. فلا معنى للجبر.

وقال بعض أهل التّفسير: معنى قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾، أي: بإلزامها الإرضاع مع كراهتها، ومعنى قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ إخبار عن فعلهن حين فَعَلْن، لا إيجاب عليهن بطريق الأمر، ولو سلّم أنه أمر.. لكنه للنّدب، ولو سلم أنه للوجوب.. لكن لا مطلقاً، بل فيما إذا لم يوجد من يرضعه غيرها على ما أشار إليه بقوله: (إلّا إذا تعيَّنت) [٥٠٩/ب] بعدم وجدان غيرها، أو عدم قبول الطفل ثدي غيرها.

ولو سلّم أنّه للوجوب عليها.. فيجوز أن يحمل على الوجوب عليها تديناً حتى لا يجوز استئجارها لإرضاع ولدها؛ لأن الإرضاع حق مستحق عليها ديانةً.

(ويستأجر) الأب (من ترضعه)؛ لأن الأجر عليه.

(عندها)، أي: عند أمّ الولد؛ لأن التربية لها بحق الحضانة، ولا يلزم أن تمكث المرضعة في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك، بل لها أن ترضعه، ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان، أو تحمل الصبي معها إليه، أو تقول: أخرجوه فترضعه عند فناء الدار، ثم تدخل الصبي إلى أمه.

(ولو استأجرها)، أي: استأجر أمّ الولد (وهي)، أي: الأم (زوجته، أو معتدته من طلاق رجعيّ لترضع ولدها.. لا يجوز)؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانةً لما تلوناه

وَفِي مُعْتَدَّةِ البائنِ رِوَايَتَانِ.

وَبعدَ الْعِدَّةِ يجوزُ.

من قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلّا أنها عذرت لاحتمال عجزها؛ لأنها لو لم تعجز.. لأرضعته لزيادة شفقتها عليه، ثم لمّا أقدمت على الإرضاع بالأجر.. ظهر عدم عجزها، فصارت قادرة عليه.. فكان الإرضاع واجباً عليها، فلا يجوز أخذ الأجر.

وهذا في معتدة الرجعي رواية واحدة لقيام النكاح من كلّ وجه.

(وفي معتدة البائن: روايتان)، في رواية: جاز استئجارها؛ لأن النكاح قد زال فصارت أجنبية.

وفي رواية أخرى: لا يجوز؛ لأن النكاح باق في حقّ بعض الأحكام حتى تجب لها النَّفَقة والسكنى فيها، ولا يجوز دفع زكاته إليها، ولا تقبل شهادته لها على ما في «الكفاية» و«التبيين».

(وبعد) انقضاء (العدة) من رجعّي، أو بائن (.. يجوز) استئجارها للإرضاع؛ لأن النكاح قد زال بالكلّية وصارت أجنبيّة.

فإن قيل: قد مرّ أنّ الإرضاع واجب عليها عند تحقق عدم العجز، وبالإقدام على الإرضاع.. تحقق عدم عجزها فكان الإرضاع واجباً عليها، فلا يجوز استئجارها في مقابلة فعل الواجب عليها، وهذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها لإرضاع ولدها منه بعد العدّة، ومقتضاه: أن يجوز الاستئجار بعد العدّة أيضاً كما في العدة، وهذا؛ لأن الوالدات في قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ﴾ أعم من البائنات.. فكان إيجاب الإرضاع أعم من المنكوحات والرجعيّات والبوائن قبل العدة وبعدها.

والمانع من أخذ الأجرة والاستئجار: هو الوجوب، وهو عام.. فيعم المنع الكل إذا ظهرت قدرتهن على الإرضاع بالإقدام عليه بأجر في أيّ وقت كان.

وَهِيَ أَحَقُّ إِن لم تطلُب زِيَادَةً على الْغَيْرِ.

أجيب عنه: بأن الإرضاع من نفقة الولد، وهي على الأب لا على الأم، ودفع بأن هذه النَّفَقة أوجبها الذي له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن وجد رزقه لها بإدرار الثدي، فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري، فأوجب عليها إلقامه ثديها، وهذا الإيجاب ثبت بنص ﴿يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾.. فالحق في الجواب: أنه تعالى أوجب عليها الإرضاع مقيداً بإيجاب رزقها عليه بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [٥١٠/أ]، ففي حال الزوجية والعدّة: هو قائم برزقها.. فيجب الإرضاع عليها عند عدم ظهور العجز، وفيما بعد العدّة: لا يقوم هو برزقها.. فتقوم الأجرة مقامه، كذا في «فتح القدير».

(وهي)، أي: الأم (أحق) من غيرها من الأجانب بعد انقضاء عدّتها لزيادة شفقتها عليه.

(إن لم تطلب زيادة على الغير) في الأجرة، وإن التمست الزيادة على غيرها.. لم يجبر الأب عليها؛ دفعاً للضرر عنه.

وفيه إشارة إلى أن الأم أحقّ من الأجنبية وإن كانت الأجنبية متبرعة في الإنفاق على الصغير.

وفيه تفصيل: قال في «البحر»: وظاهر المتون: أن الأم لو طلبت الأجرة - أي: أجرة المثل -، والأجنبية متبرعة بالإرضاع.. فالأم أولى؛ لأنهم جعلوا الأم أحقّ في سائر الأحوال، إلّا في حالة طلب الزيادة على أجرة الأجنبية، والمصرح به: بخلافه؛ كما في «التبيين» وغيره: أن الأجنبية أولى، لكن إنما هي أولى في الإرضاع.

أما في الحضانة.

ففي «الولوالجية» وغيرها: رجل طلق امراته وبينهما صبي، وللصبي عمة أرادت أن تربيه وتمسكه بغير أجرة من غير أن تمنع الأم عنه، والأم تأبى ذلك وتطالب الأب

بالأجرة ونفقة الولد.. فالأم أحقّ بالولد، وإنما يبطل حقّ الأم إذا تحكمت الأم في أجرة الرضاع بأكثر من أجر مثلها.

والصحيح: أنه يقال للأمّ: اما أن تمسكي الولد بغير أجر، وإما أن تدفعيه إلى العمة. انتهى.

ولم أر من صرّح بأن الأجنبية كالعمة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأمّ تريد الأجرة على الحضانة، ولا تقاس على العمة؛ لأنها حاضنة في الجملة، وقد ذكر السؤال عن هذه المسألة في زماننا، وهو أن الأب يأتي بأجنبيّة متبرعة بالحضانة، فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمة؟! وظاهر المتون: أن الأم تأخذه بأجر المثل، ولا تكون الأجنبية أولى، بخلاف العمة على الصّحيح، إلا أن يوجد نقل صريح في أن الأجنبية كالعمة.

والظاهر: أنّ العمة ليست قيداً احترازياً، بل كلّ حاضنة كذلك، بل الخالة أولى؛ لأنها من قرابة الأم.

ثم اعلم أن ظاهر «الولوالجية»: أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد؛ لأن العطف للمغايرة؛ فإذا استأجر الأم للإرضاع.. لا يكفي عن نفقته؛ لأن الولد لا يكفيه اللبن، بل يحتاج معه إلى شيء آخر؛ كما هو الشاهد؛ خصوصاً الكسوة، فيقدر القاضي له نفقة غير أجرة الرضاع، وغير أجرة الحضانة.

فعلى هذا: يجب على الأب ثلاثة: أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد. هذا كله كلام «البحر».

ثم قال: لكنه قال في «الخانية»: وبعد الفطام يفرض القاضي نفقة الصغير على طاقة الأب، وتدفع إلى الأم حتى تنفق على الأولاد. انتهى.

إلا أن يقال: مراده النَّفَقة الكاملة، بخلافها في زمن الرضاع؛ فإنها قليلة.

وَلَو اسْتَأْجرَهَا وهِيَ زَوجتُهُ لإرضاعِ وَلَدِهِ مِن غَيرِهَا.. صَحَّ.
وَنَفَقَةَ الْبِنْتِ بَالِغَةً وَالِابْنِ زَمِناً على الْأَبِ خَاصَّةً، وَبِه يُفْتى.
وَقيل: على الْأَبِ ثُلُثاها، وعَلى الْأُمِّ ثلثُها.
وعَلى الْمُوسرِ يساراً يُحرِّمُ الصَّدَقَةَ: ....

وفي «المجتبى»: وإذا كان للصبي مال.. فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام في مال الصغير.

(ولو استأجرها [٥١٠/ب] وهي زوجته)، أو: معتدته عن طلاق (لإرضاع ولده من غيرها.. صحّ)؛ لِأنّ إرضاع هذا الولد غير مستحق عليها، بخلاف ولدها منه على ما مر.

(ونفقة البنت بالغة) قيدها بالبالغة؛ لأن نفقة الصغيرة تقدّم ذكرها في أوّل الباب.

(والابن) البالغ (زمناً)، أو أعمى، أو أشلّ (على الأب خاصّة) إن كان الأب غنياً وليس لهم مال، ولا يقدرون على الكسب، وإلّا.. فنفقتهم في مالهم وكسبهم على ما قدّمناه.

(وبه)؛ أي: بلزوم نفقة الأولاد مطلقاً على الأب (يفتى).

(وقيل: على الأب ثلثاها وعلى الأم ثلثها) وهو المروي عن الخصاف، والأول: ظاهر الرواية، وقدّمنا وجهها.

(وعلى الموسر يساراً يحرم الصّدقة)؛ أعني: نصاب الفطرة.

واختلفوا في معنى الموسر ههنا:

قال في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: والموسر في هذا الباب: من يملك مالاً فاضلاً عن نفقة عياله، ويبلغ الفاضل مقداراً تجب فيه الزكاة. انتهى.

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «نوادر» أبي يوسف: يشترط نصاب الزكاة، ثم قال: وهكذا قال الصدر الشهيد في «الفتاوى الصغرى»: أنه لو انتقص من نصاب

الزكاة درهم.. لا يجب، وبه يفتي، لكنه جزم أولاً قبل هذا بأن الشرط: هو النصاب المحرم للصّدقة.

وصحّحه في «العناية» معلّلاً: بأن النَّفَقة أشبه بصدقة الفطر؛ لكونها مؤنة من وجه، صدقة من وجه، والنَّفَقة مؤنة من كلّ وجه، فلمّا لم يشترط لوجوب صدقة الفطر نصاب الزكاة.. فلأن لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه.. أولى. انتهى.

فاختلف في التصحيح والفتوى.

ثم الظاهر من قيد الابن بالموسر يساراً يحرم الصّدقة.. أن لا تجب النَّفَقة للأبوين على الابن المعسر الفقير ولو كسوباً.

لكنه ذكر في «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: أن نفقة الأبوين على الابن الفقير الكسوب؛ فإنه قال: الفقراء: ثلاثة أنواع:

فقير لا مال له وهو قادر على الكسب.. فالمختار أنه يدخل الأبوان في نفقته كعياله.

الثاني: فقير لا مال له وهو عاجز عن الكسب.. لا يجب عليه نفقة غيره، خلا الزوجة.

الثالث: أن يفضل كسبه عن قوته.. فإنه يجبر على نفقة ابنته الكبيرة والأبوين والأجداد، كذا في «البزازية».

ولا يخالفه ما ذكره في «البزازية»، وفي «الخلاصة» أيضاً قبل هذا؛ حيث قال نقلاً عن «الأصل»: نفقة الولد على الابن الموسر واجبة؛ سواء كان الأب قادراً على الكسب، أو عاجزاً بأن كان زمناً؛ لجواز أنّ الموسر فيه أعمّ من الموسر مالاً، ومن الموسر كسباً وعملاً، وإنما يخالفه ما ذكرنا عنه آنفاً، أعني: قوله: ويشترط النّصاب وهو المحرم للصّدقة، هذا وإنما قيّده بالموسر؛ لأنه لو كان معسراً.. لا تجب عليه نفقة أصوله لما في «الخلاصة» و«البزازية» عن «الأصل».

نَفَقَةُ أُصُولِهِ الْفُقَرَاءِ ....

إذا كان الأب والابن معسرين.. لا يجب على أحدهما نفقة الآخر.

وعن أبي يوسف: إذا كان الأب زمناً.. يضمه الابن إلى [٥١١/أ] نفسه ويدخله في عياله كيلا يضيع.

أطلق الموسر فشمل الابن الصّغير والكبير الموسرين، لا نفقة الأب المعسر على الابن الموسر لو صغيراً على ما عليه فتوى مشايخ الإسلام.

(**نفقة أصوله الفقراء**)، أي: أبويه وأجداده وجدّاته وإن خالفوه في دينه؛ فإن اختلاف الدين.. لا يسقط نفقة الوالدين والولد والزوجة والجد إذا كان الأب ميتاً.

أما الأبوان: فلقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم هو وأبت أمّه عن الإسلام ولم تأكل ولم تشرب ثلاثة أيّام حتى غشي عليها، فأتى سعد النبي ﷺ ويشتكي ذلك.. فنزلت هذه الآية.

وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك من كان سبباً له في تلك المعيشة يموت من الجوع.

وأما الزوجة: فلأنها للاحتباس وقد وجد ذلك، ثم إطلاق قوله: الفقراء، يوافق قول السّرخسي؛ فإنه قال: إذا كان الأب فقيراً.. تجب نفقته على الابن الموسر؛ سواء كان الأب قادراً على الكسب، أو لم يقدر، وهو رواية «الأصل» على ما ذكرناه آنفاً.

بخلاف قول الحلواني: أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب الفقير إذا كان الأب قادراً على الكسب، بناءً على أن علة الاستحقاق للنفقة هو الفقر وهي تندفع بالكسب.

والإمام السرخسي فرق بين نفقة الولد ونفقة الوالد؛ فإن الولد البالغ إذا كان قادراً على الكسب.. لا يجب نفقته على الأب بالاتفاق، ووجه الفرق: أنّ للوالد فضلاً على الولد حيث اعتبرت حاجته؛ ضرورية كانت كالنَّفَقة والكسوة، أو غير ضرورية كشهوة الفرج؛ فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد، وليس للولد

بِالسَّوِيَّةِ، بَينَ الابْنِ وَالْبِنْتِ، وَيعْتَبرُ فِيهَا الْقربُ والجزئيَّةُ لَا الْإِرْثُ.

فَلَو كَانَ لَهُ بنتٌ وَابْنُ ابْنٍ.. فنفقتُهُ على الْبِنْتِ، مَعَ أَنَّ إِرْثَهُ لَهما.

وَلَو كَانَ لَهُ بنتُ بنتٍ وَأَخٌ.. فنفقتُهُ على بنتِ الْبِنْتِ، مَعَ أَنَّ كلَّ إِرْثِهِ للأَخِ.

استحقاق استيلاد جارية الوالد، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن.. لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة.

(بالسوية بين الابن) الموسر (والبنت) الموسرة، إنما قيّدناه باليسار؛ لأن الولد لو كان معسراً.. لا يجب نفقته على ما ذكرناه آنفاً، هذا في ظاهر الرواية وهو الصحيح على ما في «الهداية»، وبه يفتى على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنها بين الابن والبنت أثلاثاً على قياس الميراث وعلى نفقة ذوي الأرحام: للذكر مثل حظ الأنثيين.

ووجه الظاهر: أن للأبوين تأويلاً في مال الولد؛ لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فكانا غنين بمال الولد بهذا التأويل، وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث من الولد على السواء، وبهذا ظهر أن الولد لا يشاركه أحد في نفقة أصوله الفقراء؛ لأنهما لما صارا غنيين بمال الولد.. لزم أن لا تجب نفقتهما على غير الولد؛ لأن الغني لا يجب نفقته على غيره.

(ويعتبر فيها)، أي: في نفقة الأصول: (القرب والجزئية لا الإرث)، أي: في ظاهر الرواية، وهو الصحيح على ما مرّ [٥١١/ب].

(فلو كان له بنت وابن ابن.. فنفقته على البنت، مع أن إرثه لهما) نصفان.

(ولو كان له بنت بنت وأخ.. فنفقته على بنت البنت، مع أن كل إرثه للأخ)، ولا شيء لبنت البنت؛ لأنها من ذوي الأرحام.

واعلم: أنّ الأصل في نفقة الوالدين والمولودين: أن يعتبر القرب والجزئية لا الميراث، وإن استويا في القرب.. تجب على من له نوع رجحان، وإن لم يكن

لأحدهما نوع رجحان.. فحينئذٍ تجب النَّفَقة بقدر الميراث.

وبيان هذا الأصل: أنه إذا كان للفقير والد وابن ابن موسران.. فالنَّفَقة على الوالد؛ لأنه أقرب إليه من ابن الابن.

وإن كانت له بنت وابن ابن.. فالنَّفَقة على البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما؛ لأن البنت أقرب.

وإن كانت له بنت بنت وأخ لأب وأم.. فالنَّفَقة على ولد البنت ذكراً كان أو أنثى، وإن كان الميراث للأخ.

وإن سفل أولاد الولد سواء كانوا أولاد البنت، أو أولاد الابن.. فهم سواء في النَّفَقة عليهم دون الأخ.

ولو كان له والد وولد موسران.. فالنَّفَقة على ولده وإن استويا في القرب؛ لأن الولد يرجح على الوالد باعتبار التأويل في ملكه على ما ذكرناه آنفاً.

ولو كان له جدّ صحيح وابن ابن.. فالنَّفَقة عليهما على قدر ميراثهما: السدس للجد والباقي لابن الابن.

ولو كان له جدّ صحيح وأم.. فالنَّفَقة ثلثها على الأم والثلثان على الجد.

ولو كان له جدّ صحيح وجدّة.. فسدس النَّفَقة على الجدّة وباقيها على الجد، وهكذا.

واستشهدوا على هذا الأصل بمسائل المعسر، من أن المسلم المعسر إذا كان له ابنان موسران أحدهما مسلم والآخر ذمي.. فنفقته عليهما بالسوية وإن كان الإرث لا يجري بين المسلم والكافر؛ لاستوائها في القرب.

وكذا إذا كان له ابن نصراني وأخ مسلم.. فالنَّفَقة على الابن دون الأخ المسلم.

وكذا إذا كان للفقير ابنة ومولى عتاقة.. فالنَّفَقة على الابنة وإن استويا في الميراث، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وَعَلَيهِ نفقةُ كلِّ ذِي رحمٍ مَحرمٍ مِنْهُ إِن كَانَ: فَقِيراً صَغِيراً، أَو أُنْثَى، أَو زَمِناً، أَو أعمى، أَو لَا يُحسنُ الْكَسْبَ لخَرَقِهِ، أَو لكَونِهِ من ذَوي ....

ولا يخفى عليك أن هذه المسائل مبنية على الأصل المذكور أيضاً: فالاستدلال بها عليه ليس على ما ينبغي.

وفي نفقة «القنية»: له عم وجدّ أب الأم موسران.. فنفقته على أب الأم وإن كان الميراث للعم.

ولو كان له أم وأب لأم موسران.. فعلى الأم، وفيه إشكال قوي؛ لأنه ذكر في الكتاب؛ أي: «المبسوط»: إذا كان له أم وعم موسران.. فالنَّفَقة عليهما أثلاثاً، فلم يجعل الأم أقرب من العم، وجعل في المسألة المتقدمة أب الأم أقرب من العم، ولزم منه: أن تكون النَّفَقة على أب الأم مع الأم، ومع هذا أوجبها على الأم.

ويتفرع عن هذه الجملة فرع أشكل الجواب فيه: وهو ما إذا كان له أم وعمّ وأب لأم موسرون، ويحتمل أن يجب على الأم لا غير؛ لأن أب الأم لما كان أولى من العم، والأم أولى من أب الأم.. كانت الأم أولى من العم، لكن يترك جواب الكتاب [٥١٢/أ]، ويحتمل أن يكون على الأم والعم أثلاثاً. انتهى.

(**وعليه**) - أي: الموسر، هذا شروع في بيان نفقة ذوي الأرحام بعد بيان نفقة الوالد والولد والزوجة - (**نفقة كل ذي رحم محرم منه**)، أي: من الموسر، والفرق بينهما: عموم وخصوص من وجه؛ لصدقهما على البنت.

وصدق الأول: على بنت العم دون الثاني؛ لجواز نكاحها.

وصدق الثاني دون الأول: على الأخت الرضاعية.

والمراد به ههنا: من لا يحل نكاحه على التأبيد؛ كالأخوة والأخوات، والأعمام والعمّات، والأخوال والخالات.

(**إن كان فقيراً صغيراً، أو أنثى**) صغيرة، أو بالغة، أو ذكراً فقيراً (**أو زمناً، أو أعمى، أو لا يحسن الكسب لخرقه**) بالخاء المعجمة: الحمق، (**أو لكونه من ذوي**

البيوتاتِ، أَو طَالبَ علمٍ.

البيوتات، أو طالب علم) لا يهتدي كسباً؛ لأن الصلة في القرابة: القريبة دون البعيدة، والفاصل بينهما: كونه ذا رحم محرم، حتى لا يجب لذي رحم ليس بمحرم، ولا لمحرم ليس بذي رحم؛ كالأخت الرضاعية.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾؛ فإن ذلك إشارة إلى أوّل الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ فدل على أن على الوارث النَّفَقة.

وتقييده بذي الرحم المحرم: كان بقراءة ابن مسعود؛ فإنه قرأ: «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك»؛ لأن قراءته مسموعة من النبي ﷺ، فيجوز التقييد بها.

وإنما اشترطت الصفات المذكورة من الصغر والأنوثة والزمانة؛ لأنها أمارة الحاجة؛ لتحقق العجز بها؛ فإن القادر على الكسب غنيٌّ بكسبه لا تجب النَّفَقة له على الغير، وهو القياس في الأبوين أيضاً على ما اختاره الحلواني، لكنا تركنا العمل به، وقلنا: إنهما لا يكونان غنيين بقدرتهما على الكسب، وهو ظاهر الرواية، واختاره الإمام السّرخسي على ما ذكرناه.

والمراد بطالب علم ههنا: هم المشتغلون بالعلوم الشرعية والأدبية، لا بالخلافيات الركيكة وهذيانات الفلاسفة على ما صرّح به في «البزازية».

والمراد بالعلوم: أصول الدين وأصول الفقه والحديث والتفسير والفقه.

والفرائض: داخل في الفقه.

وعلم المناظرة: في أصول الفقه.

والمنطق مقدار ما يحتاج إليه في ترتيب المقدمة، وتصوير الدليل: داخل في الكلام؛ لأن معرفة مقدار ما يحتاج إليه في الاستدلال من أمر الدين واجب، حتى قال حجة الإسلام الإمام الغزالي: من لم يعرف المنطق.. لا ثقة لعلمه؛ لأنه ميزان العلوم.

وَيُجْبرُ عَلَيْهَا، وتقدَّرُ بِقدرِ الْإِرْثِ، حَتَّى لَو كَانَ لَهُ أَخَوَاتٌ متفرِّقاتٌ.. فنفقتُهُ عَلَيْهِنَّ أَخْمَاساً، كَمَا يرِثنَ مِنْهُ.

والذي منعه بعض المتأخرين من تعلم المنطق: هو الزائد على قدر الحاجة.

والمراد بالعلوم الأدبية: هو العلوم القريبة المتنوعة إلى أنواع.

(**ويجبر**)، أي: الموسر (**عليها**)، أي: على نفقة ذي رحم محرم منه، وذلك لإيفاء حق مستحق عليه.

(**وتقدر**)، أي: نفقة ذي الرحم المحرم (**بقدر الإرث**) على التنصيص على الوارث في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَالِكَ﴾ تنبيهاً على اعتبار المقدار؛ لأن ترتب [٥١٢/ب] الحكم على المشتق يدل على علّية المأخذ، فيثبت الحكم بقدر علّته، ولأن الغرم بالغنم.

وعلى هذا: لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات.. كانت الوصية لهم قدر الميراث.

(**حتى لو كان له أخوات**) جمع أخت (**متفرقات**) موسرات لأب وأم ولأب ولأم (**.. فنفقته عليهنّ أخماساً كما يرثن منه**).

فإن أصل المسألة من ستة: ثلاثة منها لأب وأم، وواحد منها لأب، وواحد منها لأم فمجموع سهامهم خمسة، ومن الباقي من الرد.. ردّ عليهم، فجعلت مسألتهم من خمسة، فثلاثة أخماس الميراث لأب وأم، والخمس لأب، والخمس الآخر لأم، فكذا النَّفقة.

وعلى هذا: لو كان الرجل زمناً معسراً وله ابن موسر صغير، أو كبير زمن، وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون.. فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم، وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما، خمسة أسداس لأب وأم، وسدس لأم، وسقط الأخ لأب بالأخ لأبوين.

وَيُعْتَبَرُ فِيهَا أَهْلِيَّةُ الْإِرْثِ لَا حَقِيقَتُهُ؛ فنفقةُ مَن لَهُ خَالٌ وَابْنُ عَمٍّ على خَالِهِ.

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الْأَبِ على ابْنِهِ.

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الابْنِ على أَبِيهِ إِن كَانَ صَغِيراً أَو زَمِناً.

وأما نفقة الولد.. فعلى الأخ لأب وأم خاصة؛ لأن ميراث الولد: عند عدم الأب خاصة؛ فإنه عم لأب وأم، فلا يرث معه العم لأب وأم.

(ويعتبر فيها)، أي: في نفقة ذوي الأرحام (أهلية الإرث لا حقيقته)، أي: كونه وارثاً في الجملة وإن كان محجوبا بغيره؛ لأن سبب استحقاق النَّفَقة عند القضاء بها: قيام سبب الإرث لا حقيقة الإرث؛ لأنها لا تكون إلّا بعد موت من له النَّفَقة، ولا نفقة بعد الموت، وعلى هذا: يكون المراد بالوارث في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ مَن ثبت له الميراث في الجملة، لا حقيقة الوارث، لتعذر إرادة حقيقته على ما ترى.

فإذا كان المراد أهلية الإرث: (فنفقة من له خال وابن عم) موسرَين (على خاله)؛ لأنه ذو رحم محرم منه يمكن أن يرث ممن له النَّفَقة بناء على توريث ذوي الأرحام بأن يموت ابن العم قبله وإن كان محجوباً به حال حياته.

وفي «الخلاصة»: والمراد من الوارث المذكور في الآية: كونه أهلاً للإرث لا كونه وارثاً حقيقة، وعند الاستواء في المحرمية.. يرجح من كان وارثاً حقيقة في هذه الحالة، حتى لو كان له عم وخال.. فالنَّفَقة على العم، وكذا لو كان عم وعمة وخالة.. فالنَّفَقة على العم، وكذا لو كان العم معسراً.. فالنَّفَقة على العمة والخالة أثلاثاً على قدر ميراثها، ويجعل العم كالميت.

(ونفقة زوجة الأب على ابنه، ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان) الابن (صغيراً) فقيراً (أو زمناً) كبيراً.

وَلَا يجبُ نَفَقَةُ الْغَيْرِ على فَقيرٍ إِلّا للزَّوْجَةِ وَالْولدِ، وَلَا مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ إِلّا للزَّوْجَةِ وقرابةِ الوِلاد أَعلَى أو أَسْفَلَ.

وَلِلْأَبِ بيعُ عَرَضِ ابْنِهِ لنفقتِهِ، ....

وفي «الخلاصة» عن «الفتاوى»: الابن يجبر على نفقة زوجة أبيه؛ أما الأب.. فلا يجبر على نفقة زوجة ابنه.

وفي النفقات لشمس الأئمة الحلواني قال: فيه روايتان، في رواية: تجب، وفي رواية: إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً، أو به زمانة ويحتاج إلى الخدمة، أما إذا كان صحيحاً.. فلا.

قال في «المحيط»: فعلى هذه الرواية: لا فرق بين الأب والابن؛ فإن الابن إذا كان بهذه المثابة.. يجبر الأب [٥١٣/أ] على نفقة خادمه.

(**ولا تجب نفقة الغير على فقير، إلا**) على الزوج، ولو فقيراً (**للزوجة**)؛ لأنه التزمها بالعقد.. فلا يسقط بالعجز؛ لأنها جزاء الاحتباس وقد وجد ذلك.

(**والولد**) الصغير الفقير، أو الكبير الفقير العاجز عن الكسب لزمانة، أو شلل، أو عمى؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾.

(**ولا مع اختلاف الدّين إلّا للزوجة**) لما ذكرناه أيضاً.

(**وقرابة الولاد أعلى**)؛ أي: الأبوان والأجداد والجدات.

(**أو أسفل**)، أي: الولد وولد الابن؛ لأن نفقتهم من الأعلى والأسفل باعتبار الجزئية، وجزء المرء في معنى نفسه، فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره.. لا يمنع نفقة جزئه أيضاً، إلّا أنهم إذا كانوا حربيين.. لا يجب نفقتهم على المسلم، وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا عن البر على من يقاتلنا في الدّين.

(**وللأب الفقير بيع عرض**) بفتح العين وسكون الراء: غير النقدين من المنقولات (**ابنه**) الغائب (**لنفقته**) عند أبي حنيفة استحساناً؛ لأن للأب ولاية حفظ مال ولده الغائب كالوصي، بل أولى منه؛ لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته، وبيع

لَا بيعُ عقارِهِ، وَلَا بيعُ الْعَرَضِ لِدَينٍ لَهُ على الابْنِ سواهَا.
وَلَا للأُمِّ بيعُ مَالِهِ لنفقتها،

المنقول من باب الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التلف، ولهذا يملكه الوصي؛ فإذا باع العروض.. صار الثمن من جنس حقّه.. فله أن ينفق منه، بخلاف غيره من الأقارب؛ لأنهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله.

(**لا بيع عقاره**)؛ لأن العقار محصن بنفسه لا يخشى عليه التلف.. فلا يكون بيعه من باب الحفظ.

قال في «فتح القدير»: لا يجوز بيع الأب عقار الابن لنفقته إلا إذا كان الابن صغيراً، أو مجنوناً، ولا يجوز لغيره مطلقاً.

العقار في عرف الشرع العرصة المملوكة؛ مبنية كانت أو لا.

وأما البناء والأشجار.. فمن المنقولات، كذا في شرح «النقاية» للقهستاني، فعلم منه أن ما بني على الأراضي الأميرية من قبيل المنقولات، لا من قبيل العقار؛ لأن الأرض ليست بملك، والبناء مع قطع النظر عن العرصة ليس بعقار، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(**ولا بيع العرض لدين له**)، أي: للأب (**على لابن سواها**)، أي: سوى دين النَّفَقة؛ لعدم ضرورة خوف التلف، أو الذل كما في دين النَّفَقة وهو العلة، ولأن البيع للدين سوى النَّفَقة يحتاج إلى القضاء، والقضاء على الغائب باطل عندنا.

(**ولا للأم بيع ماله**)، أي: مال الابن عرضاً، أو عقاراً (**لنفقتها**).

وفي «الخلاصة»: عن «الأقضية»: إن للأبوين بيع مال الابن للنفقة، وكذا في رواية العدوي.

والتوفيق بينهما: إما أن يحمل على الروايتين على ما هو الظاهر من «الخلاصة»؛ فإنه جزم بأن الأم لا تبيع مال الابن في ظاهر الرواية.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يجوزُ للأَبِ أَيْضاً.

وَلَا ضَمَان عَلَيْهِمَا لَو أنفقا مِن مَالِ الابْنِ عِنْدَهمَا.

وَلَو أنْفقَ الْمُودَعُ مَالَ الابْنِ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ أَمرِ قَاضٍ.. ضمِنَ، ....

فما اختاره المصنف.. كان ظاهر الرواية، وجهه: أن جواز البيع للأب ثبت على خلاف القياس.. فلا يلحق به بيع الأم.

وإما أن يكون رواية الأقضية والقدوري مأولاً: بأنّ الأب هو الذي يبيع، لكنه لنفقتها، فأضاف البيع إليها من حيث إن منفعة البيع تعود [٥١٣/ب] إليهما.

وفي «العناية»: وهو الظاهر.

(وعندهما: **لا يجوز للأب أيضاً**)، وهو القياس؛ لأن ولاية الأب زالت ببلوغ الولد إلا فيما يبيعه تحصيناً كالوصي، وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين، ولهذا لا يملكه حال حضرته، لكنا تركناه بالاستحسان؛ لما ذكرناه.

وفي «الخلاصة»: لا يجوز للأب بيع عقار الابن لنفقته عند أبي حنيفة، إلا إذا كان الابن صغيراً، وإن كان كبيراً.. لا يبيعه بالإجماع.

وأما المنقول: إذا كان الابن حاضراً.. فكذلك لا يبيعه بالإجماع.

وإن كان غائباً.. يبيعه عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.. فمحل الخلاف أمران.

(**ولا ضمان عليهما**)، أي: على الأبوين (**لو أنفقا من مال**) من جنس النَّفَقة (**للابن**) الغائب (**عندهما**)؛ لأن نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء، فاستوفيا حقّهما.

(**ولو أنفق المودع مال الابن**) الغائب (**عليهما**)، أي: على الأبوين (**بغير أمر القاضي.. ضمن**)؛ لأنه تصرف في مال الغير من غير ولاية ولا نيابة.

بخلاف ما إذا أمره القاضي؛ لأنه ملزم لولايته عليه.

إنما قلنا: قضاء؛ لأنه لا ضمان عليه ديانةً على ما صرّح به في «فتح القدير».

وَلَا يرجعُ عَلَيْهِمَا.

وهذا لأنه لم يرد بذلك إلا الصّلاح، ثم لزوم الضمان في القضاء ليس على إطلاقه، بل في موضع كان فيه قاضٍ ولم يكن له رأي في الإنفاق.

وأما إذا لم يكن في موضع يمكنه استطلاع رأي القاضي.. لا يضمن في القضاء أيضاً استحساناً، كذا في «الخلاصة» و«البزازية» عزواً إلى «النوادر».

وكذا قال مشايخنا: في رجلين كانا فأغمي على أحدهما، فأنفق الآخر على المغمى عليه من مال المغمى عليه.. لم يضمن استحساناً.

وكذا العبد المأذون له في التجارة إذا مات مولاه فجهزه وأنفق عليه وعلى نفسه في الطريق.. لا ضمان عليه استحساناً.

وكذا عن مشايخ بلخ: في مسجد له أوقاف، ولا متولي له، فقام رجل من أهل المحلّة في جمع ريعها، وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج إليه من شراء الزيت والحصير والحشيش.. لا يضمن استحساناً، كذا في «فتح القدير».

وعن محمد: أنه مات واحد من تلاميذه فباع محمّد كتبه وأنفق في تجهيزه، فقيل له: إنه لم يأمر بذلك، فتلا قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾.

(ولا يرجع) المودع بعد الضمان (عليهما)، أي: على الأبوين؛ لأنه بالضمان ملكه مستنداً إلى وقت التعدي، فتبين أنه تبرّع بملكه.

وكذا الحكم في عبد مشترك بين اثنين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه.. فإنه متبرع في إنفاقه.

وكذا النخل والزرع.

وكذا المودع والملتقط إذا أنفق على الوديعة أو اللقطة.. فالمنفق متبرع.

وكذا في الدار المشتركة إذا استرمّت فأنفق أحدهما: في مرمّتها بغير أمر صاحبه وبغير أمر القاضي.. فهو متبرع.

وإن مات الأب وترك أولاداً صغاراً وزوجة.. فنفقة كلّ واحد في نصيبه،

وَلَو قُضِيَ بِنَفَقَةِ غيرِ الزَّوْجَةِ وَمَضَت مُدَّةٌ بِلَا إِنْفَاقٍ.. سَقَطت، إِلّا أَن يكونَ القَاضِي أَمرَ بالاستدانةِ عَلَيْهِ.

فيشتري القاضي للصغير ما يحتاج إليه وينصب وصياً؛ فإن لم يكن في البلد قاض فأنفق الكبار [٥١٤/أ] على الصغار.. كانوا متطوّعين في القضاء.

(ولو قُضِيَ بنفقة غير الزوجة) من الأولاد والآباء وغيرهم من الأقارب ذوي الرحم، (ومضت مدّة بلا إنفاق.. سقطت)؛ لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة، حتى لا تجب مع اليسار، وقد حصلت الكفاية بمضي المدّة.

بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها؛ لأنها تجب حقاً للاحتباس حتى لا تسقط مع يسارها، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى فيه من معنى المعاوضة على ما تقدّم.

(إلا أن يكون القاضي أمر باللاستدانة عليه)، أي: على الغائب، واستدان.. فحينئذٍ لا تسقط؛ لأن للقاضي ولاية عامّة فصار إذنه كإذن الغائب.

وإنما قلنا: واستدان لما في «البحر»: أن المصنف قد أخلّ بقيد لا بدّ منه وهو الاستدانة والإنفاق كما استأذنه.

كما قيده في «المبسوط» و«النهاية» وغيرهما حتى قال الطرسوسي: ولقد غلط بعض الفقهاء هنا في مفهوم كلام صاحب «الهداية» وقال: إذا أذن القاضي بالاستدانة ولم يستدن.. فإنها لا تسقط، وهذا غلط، بل معنى الكلام: إذن القاضي في الاستدانة واستدان. انتهى، كلام الطرسوسي.

قال في «المبسوط»: فلو أنفق بعد الإذن بالاستدانة من ماله، أو من صدقة تصدق بها عليه.. فلا رجوع له عليه؛ لعدم الحاجة. انتهى، كلام «البحر».

والذي ظهر منه: لزوم الاستدانة بعد الإذن بالاستدانة من القاضي في نفقة الأولاد صغاراً أو كباراً، على ما هو الظاهر من إطلاقات عامة الكتب، حتى أفتى به

مشايخ الإسلام، ولكنه قال في «الزيلعي» نقلاً عن «الحاوي»: نفقة الصغير تصير ديناً بالقضاء دون غيره. انتهى.

وظن منه: أنه إذا قضى على الأب بنفقة ولده الصغير فغاب الأب وأنفقت الأم.. يرجع على الأب بعد حضوره بدون الاستدانة، ولا بالأمر بالاستدانة.

قلت: فيه نظر؛ فإنه لا يلزم من كونها ديناً على الأب بالقضاء جواز الرجوع عليه بعد إنفاقها من مالها بلا استدانة؛ فإن من أدّى دين أحد من مال نفسه بدون أمر المديون.. يصير متبرعاً، فكذا ههنا، وأمر القاضي ههنا إنما يؤثر في ثبوت الدين في ذمته لا في حق الرجوع عليه؛ إذ لو لم يأمر القاضي.. لا يثبت الدين عليه قضاء، ويدل عليه ما ذكر في «الخانية» نقلاً عن «الحاوي» أيضاً؛ حيث قال: فرق صاحب «الحاوي» بين نفقة الصغير وبين نفقة سائر المحارم، فقال: نفقة الصغير تصير ديناً على الأب بقضاء القاضي؛ فإن كان القاضي بعد ما فرض نفقة الأولاد أمرها بالاستدانة فاستدانت، حتى يثبت لها حق الرجوع على الأب فمات قبل أن يؤدي إليها هذه النَّفَقة، هل لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالاً؟

فذكر الخصّاف: أنه ليس له ذلك، وذكر في «الأصل» أن لها ذلك، وهو [٥١٤/ب] الصحيح، هذا إذا استدانت بأمر القاضي.

فأما إذا فرض القاضي نفقة الأولاد، ولكن لم يأمرها بالاستدانة فاستدانت، ثم مات الزوج قبل أن يؤدي إليها ذلك.. فليس لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالاً بالاتفاق. انتهى كلام «الخانية».

فعلم منه لزوم الاستدانة بأمر القاضي في حق الرجوع على الأب في الأولاد، وإلا.. فلا ترجع عليه بعد إنفاقها من مالها.

وقال في «الخانية»: أيضاً نقلاً عن الخصّاف: إن كان الأب عاجزاً عن المال والكسب.. فالقاضي يفرض نفقة أولاده الفقراء عليه، ويأمر المرأة بالاستدانة على

الزوج؛ سواء التمست المرأة ذلك من القاضي أو لم تلتمس؛ فإذا أيسر أو قدر على الكسب.. طالبته المرأة بما استدانت.

وكذلك إن فرض القاضي النَّفَقة على الأب فغاب الأب وتركهم بلا نفقة فاستدانت بأمر القاضي وأنفقت عليهم.. فإنها ترجع بذلك.

وكذلك هذا الحكم في مؤنة الرضاع إذا كان الأب معسراً.. فالقاضي يأمر المرأة بالاستدانة؛ فإذا أيسر.. رجعت عليه بما استدانت.

وإن لم تكن المرأة استدانت بعد الفرض لكنهم يأكلون من مسألة الناس.. لم ترجع على الأب بشيء؛ فإن كان بمقدار نصف الكفاية أعطوا.. يسقط نصف النَّفَقة عن الأب، وتصح الاستدانة في النصف الآخر.

فعلم منه أيضاً: أنه لا بد من الاستدانة بأمر القاضيّ في حق الرجوع على الأب، وهكذا أفتيت به مراراً.

لكنه قال في «الخانية»: أيضاً، نقلاً عن «الحاوي»: سئل أبو بكر عن صبي بين الأبوين فَرَضَ القاضي له النَّفَقة على الأب فاجتمعت النَّفَقة، وكانت الأم تنفق من مالها؟ قال: لها أن تطلب مقدار ما تنفقه بعدما فرض القاضي. انتهى.

فعلم منه في نفقة الصغيرة: جواز الرجوع على الأب بمجرد قضاء القاضي بدون الاستدانة.

فظهر أن في المسألة روايتين.

والذي يقتضيه النظر: هو الأوّل؛ لما ذكرناه.

ويدل عليه أيضاً: ما في «قاضي خان»: رجل معسر له ولد صغير؛ إن كان الرجل يقدر على الكسب.. يجب عليه أن يكتسب وينفق على ولده، وإن كان لا يقدر على الكسب.. يفرض القاضي عليه النَّفَقة ويأمر الأم حتّى تستدين على زوجها، ثم ترجع الأم بذلك على الأب إذا أيسر. انتهى.

وعَلى الْمولى نَفَقَةُ رقيقَهِ؛ ....

فإنه قيّد الرجوع في نفقة الصغير بالاستدانة.

وهل يلزمها أن تطبخ الطعام للصغير بعد الاستدانة على الأب بأمر القاضي؟

فقد رأيت في هامش «فتاوى شيخ الإسلام الأنقروي»: أنها لا بد لها من طبخ الطعام للصغير بعد الاستدانة له بأمر القاضي، وأما إذا أكل من مائدتها.. فليس لها أن تأخذ وترجع على الأب انتهى.

وفي «الذخيرة»: أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط بالمضي، ولو بعد القضاء؛ لأنها يسيرة، ولو سقطت [٥١٥/أ] بمضي المدة اليسيرة.. لما أمكن استيفاء النَّفَقة.

وفي زكاة «الجامع الصغير»: أن نفقة الزوجات والأقارب: مانعة بعد القضاء من وجوب الزكاة؛ فسوّى بين الزوجات والأقارب، واختلفوا في توجيه مراده، فقال شمس الأئمة: مراده: إذا أذن القاضي بالاستدانة.

وقال بعضهم: مراده: إذا قصرت المدة؛ والفاصل بين المدّة اليسيرة والطويلة: هو الشهر.

(**وعلى المولى نفقة رقيقه**)؛ قنّاً أو مدبّراً أو أمّ ولد؛ لما في الصحيحين: «هم إخوتكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان له إخوة تحت يديه.. فليطعمه مما يأكل ويلبسه ممّا يلبسه».

بخلاف المكاتب؛ لأنه ملحق بالأحرار؛ على ما في «كمال الدراية».

وههنا مسألة واقعة الفتوى: وهي أن رجلاً أودع جارية عند رجل، ثم غاب عنها وترك الجارية عند المودع بلا نفقة، فهل للمودع أن يفرض النَّفَقة بأمر القاضي ليرجع عليه عند حضوره؟ ففي «الخلاصة» ما يدل على ذلك؛ حيث قال فيها: العبد إذا كان بين رجلين فغاب أحدهما، فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه، وكذا النخل والزرع، وكذا المودع والملتقط إذا أنفق على الوديعة أو اللقطة، وكذا

فَإِن أَبى.. اكتسبوا وأَنفقوا.

وَإِن لم يكن لَهُم كسبٌ.. أُجبِرَ على بيعِهِم.

في الدار المشتركة إذا استرمّت فأنفق أحدهما في مرمّتها بغير أمر صاحبه وبغير أمر القاضي.. فهو متطوّع. انتهى.

فقد دل بمفهومه: أنّ المودع إذا أنفق بأمر القاضي.. ليس بمتطوع؛ لأن المفهوم حجة في الرّوايات عندنا.

لكن المصرح في آخر نفقات «البحر» و«الدّرر»: أن المودع ليس له تقدير النَّفَقة على المودع بغير إذنه بأمر القاضي، بل القاضي يأمره بالإيجار وينفق عليه من أجرته، أو يأمره بالبيع ويحفظ ثمنه لمولاه؛ لأن المولى قد يتضرر بالإنفاق عليه؛ لاحتمال استيعاب نفقته قيمتَه.

وفي «مختصر القدوري» فيما إذا لم ينفق المولى على العبد: وإلا.. اكتسبا وأنفقا على أنفسهما؛ فإن لم يكن لهما كسب.. يجبر المولى على البيع؛ وهو ما ذكره بقوله:

(**فإن أبى.. اكتسبوا وأنفقوا**) على أنفسهم؛ نظراً لهم ببقاء أنفسهم، ولمولاه ببقاء ماله.

(**وإن لم يكن لهم كسب**)، بأن كانوا زمناً أو أعمىً أو جاريةً لا تؤجر مثلها (.. **أجبر**) أي المولى (**على بيعهم**)؛ لأنهم من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاء حقهم، وإيفاء حق المولى بالخلف وهو الثمن.

بخلاف الزوج؛ فإنه لا يجبر على طلاق زوجته فيما إذا امتنع عن الإنفاق عليها؛ فإنه لو أجبر على الطلاق لفات حقه لا إلى خلف.

فإن قيل: إذا لم يجبر.. لفات حق المرأة.

أجيب: بأنه يفوت إلى خلف؛ فإن نفقتها تصير ديناً على الزوج بالقضاء أو الرضاء.

وَفِي غَيرِهم منَ الْحَيَوَانِ يُؤمرُ ديانَةً.

(**وفي غيرهم من الحيوان: يؤمر**) بالبيع حين امتنع عن الإنفاق عليه (**ديانةً**)؛ لأنه ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان، رواه أبو داود، وفيه: ذلك، ونهى أيضاً عن إضاعة المال رواه في «الصحيحين»، وفيه: ذلك أيضاً:

ولا يؤمر قضاء؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق، والقضاء لا بد له من أهله.

وعن أبي يوسف [٥١٥/ب] أنه يؤمر قضاء أيضاً. والأول: أصح لما ذكرناه.

ولو كان له عقار وزرع وشجر.. يكره له أن لا ينفق عليها حتى تفسد؛ للنهي عن إضاعة المال، ولكن لا يفتى به؛ على ما في «كمال الدراية».

* * *

(كتاب الإعتاق)

(كتابُ الْإِعْتَاقِ)

هُوَ: إِثْبَاتُ الْقُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْمَمْلُوكِ.

(كِتَابُ الإِعْتَاقِ)

ذكره بعد الطّلاق؛ لمناسبته له في أنه إسقاط يبنى على السراية واللزوم؛ كالطلاق حتى صح تعليقه؛ لكونه إسقاطاً، وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل؛ لابتنائه على السراية.

إما إفساداً في الملك عند الإمام، أو تحقيقاً للعتق عند صاحبيه.

ولم يقبل الفسخ كالطلاق؛ لابتنائه على اللزوم.

ثم العتق والعتاق في اللغة: القوة مطلقاً، يقال: عتق الفرخ؛ إذا قويَ على الطيران.

وفي الشرع: خلوص حكمي عما ثبت في الآدمي.

ويلزمه ثبوت القوة الشرعية: التي يصير المرء بها أهلاً للشهادة والولاية والقضاء.

فمعنى الإعتاق اللغوي: إثبات القوة مطلقاً.

ومعنى الإعتاق الشرعي: ما ذكره بقوله: (**هو إثبات القوة الشرعية في المملوك**).

وللعتق أسباب:

منها: الإعتاق.

ومنها: دعوى النسب.

ومنها: الاستيلاد.

ومنها: ملك القريب لنفسه.

إِنَّمَا يَصِحُّ مِن: مَالِكٍ، حُرٍّ مُكَلَّفٍ، ....

ومنها: زوال يد الكافر عنه؛ كما إذا هرب عبد من مولاه الحربي إلى دار الإسلام.

ومنها: الدخول إلى دار الحرب؛ كما إذا اشترى الحربي في دارنا عبداً مسلماً فدخل به في دار الحرب.. فإنه يعتق عند أبي حنيفة.

ومنها: الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك.

وله شروط، وإليه أشار بقوله:

(**إنما يصح من مالك**) مسلماً كان المالك أو كافراً، (**حرٍّ مكلفٍ**)؛ بأن يكون عاقلاً بالغاً.

شرطَ الملكَ؛ لأن إزالة الملك ممن لم يكن مالكاً لم تصح منه الإزالة.

وشرط الحرية؛ لأن العبد مملوك لا مالك، ولذا قالوا: مال العبد لمولاه بعد العتق؛ لما روي عن ابن مسعود أنه قال لعبده: إني أريد أن أعتقك فأخبرني بمالك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيّما رجل أعتق عبده، فلم يخبره بماله.. فهو لسيّده».

وشرط العقل: لأنه تصرف شرعي، والمجنون ليس بأهل له، ولهذا لو قال المعتق: «أعتقت وأنا مجنون» وجنونه كان ظاهراً.. فالقول قوله؛ لأنه لما أسند الإعتاق إلى حالة منافية له.. كان إنكاراً منه له، والقول قول المنكر.

بخلاف السكر والمكره والهزل.. فإنها ليست بمنافية له، بل عتق السكران والمكره والهازل واقع؛ على ما في «الحاوي القدسي»، وسيأتي مصرحاً.

وشرط البلوغ؛ لأن الصبي ليس من أهل الإعتاق؛ لكونه ضرراً ظاهراً، حتى لا يملكه الولي عليه، ولو قال البالغ: «أعتقت وأنا صبي».. فالقول قوله لما ذكرناه، وكذا لو قال الصبيّ: «كل مملوك أملكه، فهو حرّ إذا احتلمت».. لا يصح منه؛ لأنه ليس بأهل لقول ملزم لضرره.

بصريحِهِ وَإِن لم ينْو؛ كَأَنتَ حرٌّ، أو محرَّرٌ، أوعتيقٌ، أَو مُعتَقٌ، أَو حرَّرتُك، أَو أَعتَقتُكَ، أَو هَذَا مولَايَ، أَو يَا مولَايَ، أَو هَذِه مولَاتيَ، أَو يَا حرُّ، أَو يَا عَتيقُ أَو هَذِه مولَاتيَ، أَو يَا حرُّ، أَو يَا عَتيقُ ....

بخلاف ما لو أقر صبي أنه رقيق؛ حيث لزمه بإقراره، حتى لو ادّعى بعد البلوغ حرية الأصل.. لا يسمع دعواه؛ لأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد، وإقراره مؤكد له لا ملزم.

وركنه: هي الألفاظ التي يقع بها العتق، وهي صريح [٥١٦/أ] وكناية.. فالصريح: ما ذكره بقوله:

(**بصريحه، وإن لم ينو**)؛ لأن الصّريح لا يحتاج إلى النية؛ (**كأنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق أو حرّرتك أو أعتقتك أو هذا مولاي أو يا مولاي أو هذه مولاتي أو يا حر أو يا عتيق**).

واعلم: أن الألفاظ التي يحصل بها العتق بصريحه ثلاثة: لفظ «العتق» و«الحرية» و«الولاء».

سواء ذكرت بصيغة الوصف، نحو: «أنت حر أو محرّر أو عتيق أو معتق أو هذا مولاي».

أو بصيغة الفعل، نحو: «حرّرتك أو أعتقتك أو أعتقك الله» على الأصح.

وقيل: لا بدّ من النية؛ على ما في «فتح القدير».

أو بصيغة النداء، نحو: «يا مولاي أو يا حرّ أو يا عتيق أو يا معتق» فإنها بأنواعها الثلاثة مستعملة في العتق شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية؛ أي: يقع بها العتق سواء نوى أو لم ينو، وإن نوى به شيئاً آخر.. يصدق ديانة؛ لأنه من محتملاته، لا قضاء؛ لكونه خلاف الظاهر.. فيقع به العتق قضاء؛ لأن الوضع التركيبي فيها وإن كان إخباراً.. إلا أنها إنشاء شرعاً؛ كما في الطلاق والبيع.

وحقيقة النّداء: استحضار المنادى بالوصف المذكور، فيقتضي تحقق ذلك الوصف فيه، وأنه صدر من جهته، فيقضى بثبوته تصديقاً له.

واسم المولى وإن كان ينتظم الناصرَ وابنَ العم والموالي في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة.. إلا أنه تعيّن الأسفل، فصار كاسم خاصّ له؛ لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة، حتى لا يقول لمملوكه: «يا ناصري».

والغرض: أن العبد معروف النسب فانتفى الأول والثاني.

وأما الثالث؛ أي الموالاة في الدين.. نوع مجاز؛ لأن المولى مشتق من الولي وهو القرب، ولا قرب بين المشرقي والمغربي لا حقيقة، ولا نسباً، ولا مكاناً.. فيعتبر القرب من حيث الدين مجازاً، والأصل في الكلام: الحقيقة، والإشارة إلى عبده تنافي كون العبد معتقاً.. فتعين الخامس؛ أي المولى الأسفل فالتحق بالصريح، فوقع به العتق، وإن لم ينو.

ولو قال: «عنيت به المولى في الدين أو الكذب أو الناصر».. يصدق فيما بينه وبين الله، ولا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ كذا في «الهداية».

وفي «البحر» عن «التحفة»: أن لفظ المولى صريح لا يحتاج إلى النية.

وذكر في «الولوالجي» اختلاف المشايخ: فمنهم من قال: لا يعتق بغير النية، والأصح: أنه صريح من كل وجه، وتعقبهم في «غاية البيان» بأنا لا نسلم أن المولى صريح في إيقاع العتق؛ لأن الصريح مكشوف المراد، ولفظ المولى مشترك بين المعاني، فلا يكون مكشوف المراد، فلا يكون صريحاً.. فلا بد من النية.

وقولهم: إن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة، فلا نسلم ذلك، بل تحصل له النصرة بمماليكه وخدمه، والذي لا يحتاج إلى النصرة: هو الله تعالى، على أنّا نقول: الصريح يفوق الدلالة، والمتكلم يصرّح وينادي بأعلى صوته أنا عنيت الناصرَ بلفظ المولى، وله دلالة على ذلك حقيقة؛ لأنه مشترك.

وهم يقولون: دلالة الحال من كلامك تدل على أن [٥١٦/ب] المراد من المولى: هو المعتق الأسفل، ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه، وهذا في غاية المكابرة. انتهى.

وأجاب عنه في «فتح القدير»: بأن قوله: «استعمل في معان، فلا يكون مكشوف المراد» إن أراد به عدم الكشف دائماً.. منعناه؛ لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الأوقات؛ لاقترانه بما ينفي غيره كما فيما نحن فيه.

ومَنعُه قولهم: أن المولى لا يستنصر بعبده.. لا يلائم سنده من قوله: تحصل النصرة بهم؛ لأن مرادهم أنه إذا حدث به أمر.. لا يستدعي للنصرة عبيده، بل يستدعي بني عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه.

وأما قوله: «الصّريح يفوق الدّلالة» فكأنه أراد «الكناية» فطغى قلمه.

فنقول: هذا الصريح، وهو قوله: «أردت الناصر بلفظ المولى» إنما قال بعد أن قال ما هو ملحق بالصريح في إرادته العتق؛ أعني قوله: «يا مولاي».. فأثبت حكمه ظاهراً، وهذا الصّريح بعده رجوع عنه، فلا يقبله القاضي، والكلام فيه، ونحن نقول: لا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، فأين المكابرة. انتهى.

هذا فيما إذا ذكر بصيغة الوصف أو الفعل أو النداء.

وأما إذا ذكر بصيغة المصدر: ففيه تفصيل؛ فإن قال: «العتاق عليك، أو عتقك عليّ».. كان صريحاً، إلا إذا زاد فيه قوله: «واجب»؛ فإنه لا يعتق؛ لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر.

بخلاف: «طلاقك عليّ واجب»؛ لأن نفس الطلاق غير واجب عليه، وإنما يجب حكمه، وحكمه وقوعه، فاقتضى هذا وقوعه؛ أما العتق.. فجاز أن يكون واجباً بسبب؛ كذا في «البحر» عن «الظهيرية».

وأما لو قال: «أنت عتق أو عتاق أو حرية» فاختلفوا فيه.

ففي «جوامع الفقه»: أنه لا يعتق فيه إلّا بالنية.

وفي «المحيط»: أنه يعتق فيه وإن لم ينو، ورجحه في «البحر».

وأما لو قال: «كل مالي حرّ» لا يعتق عبيده؛ لأنه لفظ عام يراد به الصّفاء والخلوص عن شركة الغير.

ولو قال: «عبيد أهل بلخ أحرار» ولم ينو عبده، أو قال: «كلّ عبد في الأرض حرّ»، أو قال: «كلّ عبد أهل الدنيا حرّ»، أو كان مكان العتق طلاق.. اختلفوا فيه.

فقال أبو يوسف في «نوادره»: لا يعتق.

وقال محمد في «نوادر ابن سماعة» وعصام بن يوسف مع أبي يوسف، وشدّاد مع محمد.

وقال الصدر الشهيد: المختار قول عصام.

ولو قال: «كل عبيد في هذه الدار أحرار» وعبده فيهم.. عتق بالاتفاق.

ولو قال: «ولد آدم كلّهم أحرار».. لا يعتق عبده بالاتفاق.

ولو تلفّظ بصيغة التفضيل، وقال: «أنت أعتق مني»، أو لامرأته «أنت أطلق من فلانة»؛ فإن نوى.. وقع العتق والطلاق على ما اختاره الأكثر.

وقيل: عتق وطلقت، وإن لم ينو.

وفي «القنية» بعلامة «ظم»[1] قال: «قل لغلامي: أنك حرّ» أو «قل له: أنه حرّ».. عتق في الحال.

ولو قال: «قل له أنت حرّ».. لم يعتق حتى يقوله، وهو توكيل، وهكذا في الطّلاق. انتهى.

يعني: أنّ قوله: «أنك حرّ، أو أنه حرّ» إخبار فيعتق في الحال، بخلاف قوله: «أنت حر» إنشاء شرعاً [٥١٧/أ]، فيكون توكيلاً.

---

(١) ظهير الدين المرغيناني.

إِن لم يَجْعَل ذَلِك اسْماً لَهُ.

وَكَذَا لَو أَضَافَ الْحُرِّيَّةَ إِلَى مَا يُعبَّرُ بِهِ عَنِ الْبدنِ؛ كرأْسُكَ حرٌّ وَنَحْوُه، وَكَقَوْلِه لأَمتِهِ: فرجُكِ حرٌّ.

(إن لم يجعل ذلك)؛ أي لفظ الحر أو العتق أو المولى (اسماً له)، حتى لو سمّاه حرّاً أو عتيقاً أو مولى، ثم ناداه: «يا حرّ أو يا عتيق أو يا مولاي».. لا يقع به العتق؛ لأن مراده الإعلام باسم علمه، لا الاستحضار بوصف صادر من جهته.

ولو ناداه بالفارسيّة: «يا أزاد» وكان لقّبه بالحر.. قالوا: يعتق، وكذا لو عكسه بأن ناداه «يا حرّ» وكان لقّبه «أزاد».. قالوا: يعتق؛ لأنه ليس بنداء باسم علمه، فيعتبر إخباراً عن الوصف.

فإن قيل: إذا لم يكن لفظة «حرّ» علماً له.. كان قوله: «يا حرّ» إنشاءً للحريّة لا إخباراً عن الوصف، فكيف يصح قوله: إخباراً عن الوصف.

أجيب: بأنه إذا لم يكن علماً.. كان المنادى في الحقيقة ذاتاً موصوفةً بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، ولذا قالوا: الإخبار بعد العلم بها أوصاف، والأوصاف قبل العلم بها إخبار، فكان النداء إخباراً بأن المنادى موصوف بهذه الصفة؛ كذا في «العناية».

(وكذا)؛ أي: يعتق (لو أضاف الحرية إلى ما يعبّر به عن البدن؛ كرأسك حرّ ونحوه)؛ مثل وجهك أو رقبتك أو بدنك.

(وكقوله لأمته: فرجك حرّ)؛ لأن هذه الألفاظ يعبّر بها عن جميع البدن؛ على ما مرّ بيانه في الطلاق.

بخلاف ما إذا أضافه إلى جزء معيّن لا يعبر به عن جميع البدن مثل اليد والرجل.. لا يقع به العتق عندنا؛ على ما مر في الطلاق أيضاً.

وبخلاف ما إذا أضافه إلى جزء شائع مثل: «نصفك أو ثلثك حرّ».. فإنه لا يقع به العتق في الكل، بل يقع في الجزء المضاف فقط عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، قالا: يقع في الكل، ولأجل هذا الاختلاف لم يذكره المصنف.

منشأ هذا الاختلاف: أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة لا عندهما.

بخلاف الطلاق؛ فإنه لا يتجزأ بالاتفاق، ولهذا لو أضافه إلى الجزء الشائع.. يقع بالاتفاق على ما مر في بابه.

وأما ما ذكر في «غاية البيان» من عدم الفرق بين الطلاق والعتاق في الإضافة إلى الجزء الشائع.. فإمّا مبني على مذهب الإمامين، أو على عدم العلم بالفرق بينهما.

وإنما قيّد بقوله: «لأمته»؛ لأنه لو قال لعبده: فرجك حرّ.. ففيه اختلاف، قيل: يعتق كالأمة، وعن محمّد: لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه، بخلاف الأمة؛ فإنه يعبّر به عنها.

ولو قال لها: «فرجك عليّ حرام» ينوي العتق.. لا يعتق؛ لأن حرمة الفرج مع الرق قد يجتمعان.

وفي: لسانك حر.. يعتق؛ لأنه يقال: هو لسان القوم.

وفي الدم: روايتان.

ولو قال لها: «فرجك حرّ عن الجماع».. عتقت.

وفي الدبر: الأصح أنه لا يعتق؛ لأنه لا يعبر به عن البدن.

وفي العنق: روايتان: وفي «ذكر حرّ»: الأولى ثبوت العتق؛ لأنه يقال في العرف: «هو ذكر من الذكور، وفلان فحل ذكرهم وهو ذكرهم»؛ كذا في «فتح القدير».

والحاصل: أن المضاف إلى ما يعبر به عن الكل.. ملحق بالصريح، وكذا المضاف إلى الجزء الشائع؛ على الخلاف المذكور بينه وبين صاحبيه.

وبكنايتِهِ إِن نوى؛ كلا مِلكَ لي عَلَيْكَ، أَو لَا سَبِيلَ، أَو لَا رقَّ، أَو خرجتَ مِن مِلكي، أَو خلَّيتُ سَبِيلَكَ، ....

ومِمّا يلحق [٥١٧/ب] بالصريح: قوله: «وهبت لك نفسك، أو وهبت نفسك منك، أو بعت نفسك منك».. فإنه يعتق؛ نوى أو لم ينو، قَبِل العبد أو لم يقبل؛ على ما في «العمادي» و«البحر» عن «البدائع».

وهذا: لأن الإيجاب من الواهب والبائع.. إزالة الملك من الموهوب والمبيع، وقد وجد ذلك، وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما، وههنا لا يثبتا الملك للعبد في نفسه؛ لأنه لا يكون مملوكاً لنفسه.

فبقي الهبة، والبيع: إزالة الملك عن الرقيق لا إلى أحد، وهذا معنى الإعتاق.

بخلاف ما لو قال: «وهبت نفسك بكذا أو بعت نفسك بكذا».. حيث لا يعتق بدون القبول؛ على ما في «العمادي»؛ لأنه ذكر المال، فلا بدّ من القبول.

ثم قال في «البحر»: والحق أن هذه الألفاظ صرائح حقيقة لا ملحق بالصريح، واختاره أيضاً بعض المحققين.

ثم شرع في بيان أحكام الكناية، وقال:

(**وبكنايته**) عطف على «بصريحه»: (**إن نوى**) العتق؛ على ما هو قاعدة الكناية؛ (**كلا ملك لي عليك**)؛ لأنه يحتمل أن يراد «أنه لا ملك لي عليك لأنّي بعتك أو لأني أعتقتك»، فلا يتعيّن إلا بالنية.

(**أولا سبيل**)؛ لأن إرادة حقيقته وهو الطريق: غير ممكن؛ لإضافته إلى الإنسان، فجعل مجازاً عن الملك فاحتاج إلى النية.

(**أو لا رقّ**) لي عليك؛ يحتمل نفي الرق بالعتق وبالبيع.

وكذا قوله: (**أو خرجت من ملكي أو خليت سبيلك**).. فلا بد من النية في كلها.

أو قال لأمته: «أطلقتك»؛ لأنه بمنزلة قوله: «خليت سبيلك»؛ للمناسبة بين الإطلاق والإرسال.. فيقع به العتق إن نوى به.

أَو قَالَ لأَمتِهِ: أَطلقتُكِ.

وَلَو قَالَ: طَلَّقتُكِ.. لَا تَعْتِقُ وَإِن نوى.

وَكَذَا سَائِرُ أَلْفَاظِ صَرِيحِ الطَّلَاقِ وكناياتُهُ.

وكذا لو قال لأمته: «أنت حر».. يقع به العتق إن نوى؛ كما لو قال لعبده: «أنت حرّة»؛ على ما في «فتح القدير».

ولو قال لعبده: «أنت غير مملوك».. لا يعتق، لكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك؛ فإن مات.. لا يرث بالولاء؛ فإن قال المملوك بعد ذلك: «أنا مملوك له» فصدق.. كان مملوكاً له.

وكذا لو قال له: «ليس هذا بعبدي».. لا يعتق؛ كذا في «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»، وجعله من ألفاظ الكناية.

والذي ظهر منه: أنه لو نوى العتق.. يقع العتق؛ على ما هو رسم الكنايات، لكنه نقل ابن نجيم هذه المسألة في «البحر»، ثم قال: وظاهره: أنه يكون حرّاً ظاهراً لا معتقاً، فيكون أحكامه أحكام الأحرار، حتى يأتي من يدعيه ويثبت.. فيكون ملكاً له. انتهى.

وفي «القنية»: لو قال لعبده أو أمته: «أنا عبدك».. عتق إذا نوى.

(أو قال لأمته أطلقتك.. لا تعتق وإن نوى)؛ لأنه صريح في الطلاق عن النكاح، فلا يثبت به العتق بمجرد النية؛ لأنه خلاف الصريح.

(وكذا سائر ألفاظ صريح الطلاق وكناياته) بقوله لأمته: «أنت مطلقة، أو أنت بتة، أو بتلة، أو عليّ حرام، أو بائن، أو خلية، أو برية، أو حبلك على غاربك، أو قومي» إلى غير ذلك مما ذكر في بابه؛ هذا عندنا.

وقال الشافعي وأصحابه: يقع بها العتق إذا نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن [٥١٨/أ] بين الملكين والتصرفين مناسبة تصحّح المجاز.

أما بين الملكين: فلأن كلاً منهما ملك عين؛ أما ملك اليمين فظاهر، وأما ملك النكاح.. فلأنه في حكم ملك العين شرعاً، ولهذا كان التأبيد من شرطه والتأقيت من مفسده؛ كما في الملك اليمين.

وأما بين التصرفين: فلأنّ كلاً منهما إسقاط للملك، ولهذا صح تعليقهما بالشرط ولزمت السّراية.

وأما الأحكام: التي هي أهلية البيع والشراء والولاية والشهادة.. فليست ثابتة بسبب العتق حتى يكون الإعتاق إثباتاً لها، فلا يكون من الإسقاطات مثل الطّلاق، بل إن تلك الأحكام ثابتة بسبب سابق على العتق، وهو كونه آدمياً مكلّفاً، غير أن الرِّقِّية كانت تمنعه عن العمل، ثم الإعتاق أزال ذلك المانع.. فظهر عمل المقتضي.. فصار كالطّلاق.

فإذا استويا: يصح أن يكون كل منهما مجازاً عن الآخر.

قلنا: لا نسلم أنه نوى ما يحتمله؛ إذ لا مناسبة بينهما تصحح إطلاق ألفاظ الطلاق على العتق لا حقيقة وهو ظاهر، ولا مجازاً مرسلاً، ولا استعارة.

أما المجاز: فلأن الطلاق، وهو إزالة ملك المتعة: مسبب العتق، وذكر المسبب وإرادة السّبب: إنما يجوز فيما انحصر السبب في أمر واحد ومساوٍ للمسبب، وزوال ملك المتعة لم ينحصر سببه في العتاق، بل قد يكون طلاقاً ورضاعاً وردة وغيرها.. فلم يجز إطلاق ألفاظ الطلاق وإرادة العتاق بطريق المجاز المرسل.

بخلاف العكس؛ لأن زوال ملك اليمين سبب لزوال ملك المتعة، وذكر السّبب وإرادة المسبب شائع.

وأما الاستعارة: فلأنها لا تصح بكل وصف؛ للقطع بامتناع استعارة السّماء للأرض مع اشتراكهما في الوجود والحدوث، بل لا بد من وصف مشترك أقوى وأشهر في المستعار منه، وهذا غير متحقق بين الطلاق والعتاق؛ لأنهما: لفظان

وَلَو قَالَ: أَنْتَ للهِ.. لَا يَعْتِقُ، خلافاً لَهما.

وَلَو قَالَ: هَذَا ابْنِي، أَو أَبِي.. عَتَقَ بِلَا نِيَّةٍ.

منقولان عن المعنى اللغوي الواجب رعايته عند استعارة الألفاظ المنقولة، والمعنى اللغوي للطلاق: رفع القيد، فنقل إلى رفع قيد النكاح في الشرع، والمعنى اللغوي للعتاق: القوة والغلبة، فنقل في الشرع إلى إثبات القوة المخصوصة من المالكية والولاية والشهادة.. فلا تشابه بينهما حتى تصح الاستعارة؛ لأن الطلاق: رفع المانع الشرعي عن عمل القوة الثابتة في محلّها قبل وجود ذلك المانع، والإعتاق: إثبات القوة الشرعية في محلّ لم تكن فيه قبله، ولا مناسبة بين الإسقاط والإثبات.

وما قالوا: أن الإعتاق موضوع في الشرع لإزالة ملك الرقبة.. فمعناه: أنه موضوع لغرض هذه الإرادة، ولو سلم أنه إسقاط وإزالة مثل الطلاق.. لكن لا نسلم أن الوصف المشترك بينهما أقوى في المستعار منه، بل الأمر بالعكس؛ لأن الإعتاق أقوى من الطلاق؛ لأنه إزالة ملك العين، والطلاق إزالة ملك المنفعة، وملك العين أقوى من ملك المنفعة؛ فكذا إزالتهما [٥١٨/ب]، والشيء لا يستعار لما هو فوقه، وإنما يستعار لما هو أضعف منه، ولهذا جاز استعارة الإعتاق للطلاق دون العكس.

وقوله: «الأحكام ثابتة بكونه آدميا مكلفاً».

قلنا: ممنوع؛ لأن العبد آدميّ مكلف، ولا مالكية له، وأما صحة التعليق.. فلأن الإعتاق: إثبات القوة الّتي يلزمها إبطال ملكه، فباعتبار الإبطال اللازم.. يصح التعليق بالشرط.

(ولو قال: أنت لله.. لا يعتق) وإن نوى عند أبي حنيفة، (خلافا لهما).

لأبي حنيفة: أن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق.

ولهما: أن اللام للاختصاص، ولا يتخصص لله تعالى إلا بالعتق.

وكذا الخلاف في قوله: «أنت لله تعالى خالصاً، أو جعلتك لله خالصاً».

(ولو قال) لعبده: (هذا ابني، أو أبي.. عتق بلا نية)؛ سواء كان أكبر سناً منه أو أصغر

وَكَذَا: هَذِهِ أُمِّي، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَعْتِقُ إِن لم يَصلُح أَن يكونَ ابْناً لَهُ، أَو أَبَاً لَهُ، أَو أمَّاً.

عند أبي حنيفة قال في «منية المفتي»: لو قال لعبده: «أنت ولدي».. يعتق قضاء.

وقال في «الهداية»: لو قال: «هذا ابني» وثبت على ذلك.. عتق.

وترك المصنف قيد الثبات؛ لما في «الينابيع» أن قيد الثبات ليس بلازم ههنا.

وذكر في «النهاية»: رأيت بخط شيخي، وفي «شرح القدوري»؛ لأبي الفضل:

أراد بقوله: «وثبت على ذلك» أنه لم يدَّع به الكرامة والشفقة، حتى لو ادعى ذلك.. يصدق.

وذكر في «أصول فخر الإسلام»: الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق، ويوافقه ما في «المحيط» وجامع شمس الأئمة و«المجتبى»: هذا ليس بقيد، حتى لو قال بعد ذلك: «أوهمت أو أخطأت».. يعتق ولا يصدق.

ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله: «هذه بنتي»، ثم تزوّجها بعد ذلك.. جاز، أصرّ على ذلك أو لم يصرّ، قالوا: هذا في معروفة النسب.

أما مجهولة النسب: إن دام على ذلك، ثم تزوّجها.. لم يجز، وإلّا.. جاز.

وقال في «المجتبى»: عرف بهذا: أن الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق؛ لأن ثبوت النسب مما يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق.

ولما كان رحمه الله في صدد بيان العتق بهذا اللفظ دون النسب.. ترك قيد الثبات.

(وكذا) لو قال لأمته: (هذه أمي)؛ سواء كان يولد مثله لمثلها أو لا يولد.

(وعندهما: لا يعتق إن لم يصلح أن يكون ابناً له أو أباً أو أماً)؛ بأن كان لا يولد مثله لمثله.

والأصل في هذا الخلاف: أن اللّفظ إذا استعمل وأريد به المعنى المجازي: هل يشترط فيه إمكان المعنى الحقيقي أم لا؟ فعندهما: يشترط؛ فحيث يمتنع المعنى

الحقيقي.. لا يصح المجاز، وعنده: لا، بل يكفي صحة اللفظ من حيث العربية بكونه مبتدأ وخبراً موضوعاً للإيجاب بصيغته.

بيانه: أنهم اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة، وعلى أنه لا بد من تصور الأصل وصحته، وعلى أنّ الحقيقة والمجاز: صفتان للفظ، واختلفوا في أنّ الخلفية في حق التكلم أو في حق الحكم، فقالا: في حق الحكم؛ بمعنى: أن الحكم الذي ثبت بلفظة «هذا [٥١٩/أ] ابني» مثلاً بطريق المجاز كثبوت الحرية خلف عن الحكم الذي ثبت بهذا اللّفظ بعينه بطريق الحقيقة؛ كثبوت البنوة.

وقال أبو حنيفة: إنها في حق التكلم.

واختلفوا في بيان مراده، فقال بعضهم: مراده أنّ التكلم بلفظة «هذا ابني» مثلاً إذا أريد به الحرية.. خلف عن التكلم بلفظة «هذا حرّ»، فيكون التكلم باللّفظ الذي يفيد المعنى المقصود بطريق المجاز خلفاً عن التكلم باللفظ الذي يفيد عين ذلك المعنى المقصود بطريق الحقيقة؛ فإن الحرية: يفيدها «هذا ابني» بطريق المجاز، ويفيدها: «هذا حرّ» بطريق الحقيقة.

وقال بعضهم: إن مراده: أن التكلّم بلفظة «هذا ابني» إذا أريد بها الحرية خلف عن التكلم بلفظة: «هذا ابني» بعينه إذا أريد بها البنوة، وهو الأصح؛ على ما في الأصول:

فحاصل الخلاف: أن الأصل عندهما: هو المعنى الحقيقي، والمعنى المجازي إنما ثبت بطريق الخلفية عنه، فلهذا اشترط إمكان المعنى الحقيقي.

وقال أبو حنيفة: إن الأصل هو التكلم باللفظ الحقيقي، والخلف هو التكلم بهذا اللّفظ بعينه إذا أريد بها المعنى المجازي عنده؛ لأنه ليس بأصل للخلفية.

فإذا عرفت هذه.. فإذا قال لعبده الذي هو أصغر سناً منه، وهو معروف النسب في بلده الذي كان فيه، أو في مولده على الاختلاف المعروف بينهم: «هذا ابني»..

يكون مجازاً وتثبت به الحرية بالاتفاق.

أما عنده: فلصحّة الأصل من حيث العربية، وهو التكلم بعين هذا اللّفظ في محل الحقيقة.

وأما عندهما: فلإمكان المعنى الحقيقي الذي هو الأصل عندهما، ويثبت المعنى المجازي بطريق الخلفية عنه؛ لتعذر إثبات المعنى الحقيقي؛ لكونه معروف النسب، حتى إذا لم يكن معروف النسب.. يثبت نسبه منه أيضاً؛ لصحة دعوته لقيام ملكه فيه وقت الدعوة، فيستند السبب إلى وقت العلوق فيتعلق حرّاً.

وإذا قال لعبده الذي هو أكبر سناً منه: «هذا ابني».. عتق عنده؛ لأن معناه الحقيقي - أعني إثبات البنوة ، وإن كان ممتنعاً، لكن التكلم بهذا اللفظ في محل الحقيقة، وهو الأصل عنده - صحيح من حيث العربية؛ لأنه مبتدأ وخبر موضوع للإخبار عن البنوة؛ فإذا وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز معين وهو لازمه لأن الحرية من لوازم النبوة في أمثاله.. كان قوله: «هذا ابني» يستعار للازمه بغير نية؛ تحرزاً عن الإلغاء، فصار كأنه قال: «هذا حر من حين ملكته».

وقالا: لا يعتق، وهو قول الشافعي؛ لأن أصل المجاز عندهم: هو المعنى الحقيقي، والمعنى المجازي خلف عنه، ومن شرط صحة الخلف: إمكان الأصل، وقد امتنع الأصل ههنا.. فامتنع المجاز المفرع عنه أيضاً، فصار لغواً، كما في قوله: «أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق».

قلنا: سلّمنا أن إمكان الأصل من شرط صحة الخلف، لكن الأصل ليس المعنى الحقيقي، بل التكلم بذلك اللفظ: في محلّ الحقيقة، وقد صح ذلك، وذلك [٥١٩/ب]؛ لأن الحقيقة والمجاز: من صفات الألفاظ دون المعاني.

بخلاف: «أعتقتك قبل أن أخلق»؛ لأنه لا وجه له في المجاز أصلاً؛ لأن قوله: «أعتقتك قبل أن أخلق» ليس ملزوماً لقوله: «أنت حرّ من حين ملكت».. فتعيّن الإلغاء.

وكذا الحال في قوله: «هذا أبي أو هذه أمّي».

والحاصل: أنه لو قال لمملوكه: «هذا ابني».. فهو على وجهين:

إما أن يصلح ابناً له، أو لم يصلح، وعلى التّقديرين: إمّا أن يكون مجهول النسب، أو معروف النسب.

فإن كان يصلح ابناً له وهو مجهول النسب.. يثبت النسب والإرث والعتق جميعاً بالإجماع، لكنه لا بدّ في ثبوت النسب من الثبات على ذلك القول، دون العتق؛ على ما ذكرناه آنفاً.

وإذا ثبت النسب منه بهذا اللفظ؛ فهل تصير أمّه أمّ ولد له إذا كانت في ملكه؟

قيل: لا؛ سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب.

وقيل: تصير أم ولد له في الوجهين.

وقيل: إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه.. تصير أمّ ولد له، وقال في «فتح القدير»: وهذا أعدل.

وإن كان معروف النسب من الغير.. لا يثبت النسب بلا شك، ويثبت العتق عندنا.

وإن كان لا يصلح ابنا له: لا يثبت النسب بلا شك، ويثبت العتق عند أبي حنيفة؛ سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب، وقالا: لا يعتق.

وعلى هذا التفصيل، لو قال لأمته: «هذه بنتي»، ولو قال لمملوكه: «هذا أبي»؛ فإن كان يصلح أباً له، وليس للقائل أب معروف.. يثبت النسب والعتق بلا خلاف.

وإن كان يصلح أباً له، ولكن للقائل أباً معروفاً.. لا يثبت النسب، ويثبت العتق عندنا.

وإن كان لا يصلح أباً له.. لا يثبت النسب بلا شك، ويثبت العتق عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يثبت.

وَلَو قَالَ لصغيرٍ: هَذَا جدِّي.. لَا يَعْتِقُ فِي الْمُخْتَارِ.

وَكَذَا لَو قَالَ: هَذَا أَخي، أَو لعَبْدِهِ: هَذَا بِنْتي.

وهكذا قوله: «هذه أمّي».

(ولو قال لصغير)؛ أي من عبده: (هذا جدّي.. لا يعتق في المختار)، احترز به عما قيل: إنه على الخلاف السّابق أيضاً.

وفي «فتح القدير»: قيل: وهو الأصحّ.

وهذا: لأنه وصفه بصفة من يعتق عليه بملكه.

ووجه المختار: أن هذا الكلام لا يستلزم شيئاً من الحرية والبنوة إلّا بواسطة الأب، وهي غير مذكورة في الكلام، فتعذر أن يجعل مجازاً عن لازمه.

بخلاف ما سبق؛ لأن الحرية لا تنفك عن البنوة والأبوة والأمومة، حتى لو ذكر الأب في الكلام؛ مثل أن يقول: «هذا جدّ أبواي».. عتق عليه؛ على ما في «العناية»:

(وكذا لو قال) أي لعبده: (هذا أخي)؛ أي لا يعتق؛ في ظاهر الرواية.

وقيل: يعتق؛ لأن الأخوة في الملك سبب للعتق.. فيصح المجاز؛ لأن ذكر السّبب وإرادة المسبب: شائع.

ووجه الظاهر: أن الأخوة لا تستلزم الحرية إلا بواسطة الأب أو الأم؛ لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم، وهذه الواسطة غير مذكورة في الكلام، حتى لو ذكرت الواسطة في الكلام، وقيل: «هذا أخي لأبي أو لأمي أو من النسب».. يعتق؛ على ما في «العناية» [٥٢٠/أ] عن «المبسوط».

(أو) قال (لعبده: هذا بنتي)؛ أي لا يعتق.

قيل: على الخلاف السابق، وقيل: بالإجماع؛ لأن المشار إليه من جنس المسمّى؛ لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان؛ فإذا لم يكن من جنس المسمى.. يتعلق الحكم بالمسمّى؛ على ما تقدم في النكاح، والمسمّى ههنا: معدوم، فلا يكون معتبراً لا حقيقة، ولا مجازاً عن الابن؛ لعدم الملازمة.

وَلَا يعْتق بِلَا سُلْطَانَ لي عَلَيْكَ وَإِن نوى، وَلَا بيا ابْني، وَيَا أخي، ....

وكذا الخلاف في قوله لأمته: «هذا ابني».

(ولا يعتق بلا سلطان لي عليك وإن) - وصلية - (نوى) لأن السّلطان عبارة عن اليد ويسمى السّلطان به لقيام يده، فنفيه: نفي لليد، فكأنه قال: «لا يد لي عليك»، ولو قال ذلك ونوى العتق.. لم يعتق؛ لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك؛ كما في المكاتب.

بخلاف قوله: «لا سبيل لي عليك»؛ لأن السّبيل المضاف إلى العبد: كناية عن الملك؛ لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه.

ولو نفى الملك؛ بأن قال: «لا ملك لي عليك».. عتق بالنية.

فإن قيل: زوال اليد إمّا ملزوم لزوال الملك أو لازمه، وعلى التقديرين: تصح نية زوال الملك، إمّا مجازاً أو كناية.

قلنا: إنه ليس بشيء منهما؛ لانفكاكه عنه في المكاتب، والانفكاك: زوال الملك عنه؛ فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق، وهذا هو المشهور عند جمهور أصحابنا، ومال بعض مشايخنا إلى أنه يعتق بالنية، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

وعن الكرخي أنه قال: فنى عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل، ولعلّ وجهه: أن المراد باليد، المفسر بها السّلطان: ليس بمعنى الآلة الجارحة، بل بمعنى القدرة؛ على ما هو المشهور في تأويل اليد بالقدرة؛ فإذا كان كذلك.. كان نفيه نفيَ القدرة والاستيلاء عليه، فصح أن يراد به ما يراد بنفي السّبيل.

ولو قال لعبده: «اذهب حيث شئت، أو توجّه أنّى شئت من بلاد الله».. لا يعتق وإن نوى العتق؛ لأنه يفيد زوال اليد، فلا يدل على العتق؛ كما في المكاتب؛ على ما في «غاية البيان».

(ولا) يعتق أيضاً (بيا ابني ويا أخي) نوى أو لم ينو في ظاهر الرواية؛ لأن النداء لإعلام المنادى، إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته: كان النداء لتحقيق

أَو أَنْتَ مِثْلُ الْحرِّ.

وَقيل: يَعْتِقُ.

ذلك الوصف في المنادى؛ استحضاراً له بالوصف المخصوص؛ كما في قوله: «يا حرّ»؛ فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال؛ لأنه نداء بما هو صريح، وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور؛ على ما ذكرناه.

وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته: كان للإعلام المجرد، دون تحقيق الوصف؛ لتعذره.

والبنوة والأخوة لا يمكن إثباتها في الحال من جهته؛ لأنه لو انخلق من ماء غيره وغير أبيه.. لا يكون ابناً له ولا أخاً له بهذا النداء.. فكان لمجرد الإعلام.

وكذا لو قال لعبده: «يا خالي أو يا عمّي أو يا أبي أو يا جدّي» أو لجاريته: «يا عمّتي أو يا خالتي أو يا أختي» [٥٢٠/ب].. لا يعتق في جميع ذلك؛ على ما رواه ابن رستم عن محمد.

(**أو أنت مثل الحر**) نوى العتق أو لا؛ على ما في «العناية»؛ لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً، فوقع الشك في الحرية، وبالشك لا تقع.

وكذا لو قال: «أنت مثل ابني أو كابني».

(**وقيل: يعتق**) أي في الثلاث إن نوى.

أما في الأوليين: فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة، لكن الاعتماد على ظاهر الرواية: من عدم وقوع العتق بهما؛ على ما في «الهداية».

وأما في الثالث: فعلى رواية «المبسوط»؛ حيث ذكر أنه إذا قال: «أنت مثل الحر».. لا يعتق إلا بالنية؛ لأنه بالنيّة زال الشكّ فيقع ما نوى من الحرية.

ويؤيّده ما قالوا: إنه لو قال لامرأته: «أنت مثل امرأة فلان» وفلان قد آلى من امرأته.. فإنه يصير به مولياً إن نوى الإيلاء؛ كذا في «فتح القدير».

وقال في «الخزانة»: لو قال: «أنتَ عليّ مثل ولدي».. لم يعتق إذا لم ينو العتق.

وَلَو قَالَ: مَا أَنْتَ إِلّا حرٌّ.. عَتَقَ.

وَمَن ملكَ ذَا رَحِمٍ مِنْهُ.. عَتَقَ عَلَيْهِ ....

(ولو قال: ما أنت إلا حرّ.. عتق)؛ لأن الاستثناء من النفي: إثبات على وجه التأكيد؛ كما في كلمة الشهادة، فكان فيه إثبات الحرية بأبلغ الوجوه.

(ومن ملك ذا رحم محرم منه.. عتق عليه)، وهذا اللفظ رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ، وصحّحه عبد الحق، وقال: ضمرة ثقة لا يضرّ انفراده، ولا إرساله، ولا وقفه، وهذا اللفظ بعمومه: يتناول كلّ قرابة مؤبدة بالمحرميّة وِلاداً أو غيره. وقال الظاهرية: لا يعتق بمجرد الملك ما لم يعتقه؛ لما صحح عن النبي ﷺ أنه قال: «لن يجزي والداً ولدُه، إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» عطفه بالفاء التي هي للتعقيب.. فلا يعتق ما لم يعتقه.

وقال الشافعي: لا يعتق من لم يكن بينهما قرابة ولاد؛ كقرابة الأخوة وما يضاهيها؛ لأن الرحم هو القرابة، والوصلة من جهة الولاد؛ على ما في «المغرب» و«المصباح»، وثبوت العتق فيها: إنما هو بالنص على خلاف القياس؛ لأن القياس أن لا يعتق المملوك إلا برضاء المالك، وذلك بإعتاقه قصداً، فلا يقاس عليه غيره، ولا يلحق به دلالة أيضاً؛ لأنها أدنى درجة من القرابة من جهة الولاد، فلا يعتق عليه أخوه وأخته بمجرد ملكه كبني الأعمام.

ولنا: عموم ما رويناه.

فإن قيل: لا نسلم أنه عام؛ لأن الرحم هو القرابة من جهة الولاد.

قلنا: نعم، إلا أن العلة في عتق قرابة الولاد: ليس الولاء، بل تَمَلُّك القريب قرابة مؤثرة في المَحْرَمِيَّة، والولاد لغو؛ لأن ما يفترض وصلها ويحرم قطعها: هي القرابة المؤثرة في المحرمية لا الولاد، حتى وجبت عليه نفقة أخيه وأخته وحرم النكاح بينهما، فظهر أنه عام لجميع القرابات المحرمية.

وَلَو كَانَ الْمَالِكَ صَغِيراً أَو مَجْنُوناً.

وقياسه على بني الأعمام فاسد؛ لعدم الجامع بينهما، وصحة التكفير بإعتاقه: لا يصلح جامعاً؛ لأنه وصف اختلف في وجوده؛ لأنه إن أراد بإعتاقه إعتاقَه بعد ما ملكه.. فوجوده في الفرع ممنوع [٥٢١/أ]؛ لأنه يعتق بمجرد الملك عندنا، وإن أراد إعتاقه حين ملكه.. لم يفد؛ لأن وجود هذا الوصف في الأصل - وهو ابن العم - ممنوع لأنه إنما يعتق بإعتاقه بعد أن صار ملكاً له، ثم تقع الكفارة بإعتاق قصديّ.

ولما كان الوصف ممّا اختلف وجوده، والتعليل بوصف اختلف في وجوده في الفرع أو في الأصل لا يجوز.. فالتعليل فيما نحن فيه لا يجوز.

وما رواه الظاهرية: لا يصحّ حجّة؛ لتعارضه بما رويناه، فقلنا: إن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لا بسبب آخر؛ كما يقال: «أطعمه فأشبعه»؛ جمعاً بين الدّليلين.

فالحاصل: أن بني الأعمام ومن بمعناهم من بني الأخوال والخالات.. لا يعتق بمجرّد الملك بالإجماع؛ لعدم المحرمية عندنا، ولعدم قرابة الولاد عند الشافعي.

والوالدين والمولودين.. يعتق بالإجماع؛ لوجود المعنيين.

والأخ والأخت وبنيهم، والأعمام والعمات والأخوال والخالات.. يعتق عندنا؛ لوجود القرابة المحرمية، خلافاً للشافعي.

وتحقيقه: أن العلة في عتق القريب أمران: القرابة والملك، والحكم يضاف إلى أحدهما؛ فإن تأخر الملك.. يضاف إليه فيعتق حين وجد، وإن تأخرت القرابة.. يضاف إليها؛ كما إذا كان بين اثنين عبد، ثم ادّعى أحدهما أنه ابنه.. ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم شريكه نصيبه.

(ولو) وصلية (كان المالك صغيراً أو مجنوناً)؛ فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما؛ كالإرث والهبة.. عتق عليهما؛ عملاً بعموم «مَن» فيما رويناه.

ولأن العلة، وهي تملّك ذي الرحم المحرم: قد وجدت، وقد تعلق به حق العبد.. فيعتق، وكان كالنَّفَقة؛ على ما في «العناية».

وإذا دخل في ملكهما بالبيع والشراء.. لا يعتق عليهما؛ فإن شراء الصبي المأذون وشراء المجنون قريبهما.. لا يجوز.

ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام، ولا بين أن يكون المملوك مسلماً، أو كافراً صغيراً، أو مجنوناً في دار الإسلام؛ لعموم العلة، وهي القرابة المحرّمة للنكاح.

فإن قيل: هذه القرابة إن أوجبت العتق: أوجبت باعتبار الصّلة؛ على ما صرّح به في «العناية»، وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين، ولهذا لا توجب النَّفقة، فلا توجب الإعتاق أيضاً.

أجيب: بأن وجوب النَّفَقة ليس باعتبار الصّلة فقط، بل بها مع الوراثة جميعاً؛ بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ واختلاف الدّين يمنع الإرث، فانتفت علّة وجوب الإنفاق بانتفاء جزئها؛ فكذا ما يبتني عليها من المعلول.

بخلاف العتق؛ فإن وجوبه باعتبار الصلة فقط فافترقا.

فإن قيل: حرمان النَّفَقة قطع للرحم، فلِمَ جاز ذلك.

قلنا: القرابة موجبة للصلة، ومع الاتفاق في الدين آكد، ودوام ملك اليمين أعلى في القطعية من حرمان النَّفَقة، فاعتبرنا في الأعلى: أصل العلة، وفي الأدنى: العلّة المركبة؛ على ما ذكره في نفقات [٥٢١/ب] «الهداية»:

قلت: إن حرمان النَّفَقة، وإن كان قد أفضى إلى الهلاك، لكنه لا يلزم منه كونه أعلى في القطعية من دوام ملك اليمين، كيف وإنّ المملوك بملك اليمين: ملحق بالجمادات، ممنوع عن جميع التصرفات، محقّر في يد المالك.

وإنما قلنا: أو كافراً في دار الإسلام؛ لأنه لا حكم لنا في دار الحرب، حتى لو

وَالْمكَاتَبُ.. يكاتِبُ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الوِلادِ فَحسبُ، خلافاً لَهما.

ملك حربي أو مسلم قريبه في دار الحرب.. لم يعتق عليه بلا خلاف؛ على ما رواه الحاكم الشهيد.

وذكر في «الإيضاح» أنه لم يعتق عليه عندهما، ويعتق عند أبي يوسف.

وكذا لو أعتق الحربي أو المسلم عبداً حربياً وهو قريبه في دار الحرب.. لم يعتق عندهما ويعتق عنده؛ على ما في «الزيلعي».

له: أنه ملك قريبه فيعتق عليه.

ولهما: أنه معتق بلسانه مسترق بيده؛ لأنه تحت يده.

ولو طرأ الاستيلاء على الحربي.. بطلت حريّة ذلك العبد، حتى لو أعتق وخلّى سبيله وأزال عنه يده.. عتق بالاتّفاق، بالتخلية لا بالإعتاق؛ على ما في «فتح القدير»، وهذا: لأنه لم يسترقه بيده؛ لخروجه من يده.

ولو كان العبد مسلماً أو ذمياً.. عتق بالاتفاق أيضاً؛ لأنه ليس بمحلّ للاسترقاق بالاستيلاء.

(والمكاتبَ.. يكاتِبُ عليه قرابة الولادِ فحسب)؛ أي: لا يكاتب عليه الأخ؛ لأن المكاتب ليس له ملك تام حتى يتمكن على الإعتاق؛ لأنه عبد ما بقي درهم، وإنما الحق بالمالك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق.. لا يعتق عليه، بخلاف قرابة الولاد؛ لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة؛ لأن عتق نفسه: كما كان مقصوداً بالكتابة دفعاً للعار اللاحق بالرقبة عن نفسه.. فكذا رق الوالد والولد؛ فإذا كان من قصدها.. امتنع البيع، فيعتق عليه تحقيقاً للمقصود.

(خلافاً لهما) قالا: يكاتب عليه الأخ أيضاً، وهو رواية عن أبي حنيفة، اعتباراً بقرابة الولاد.

وَمن أَعتقَ لوجهِ اللهِ تَعَالَى.. عتقَ.

وَكَذَا لَو أَعتقَ للشَّيْطَانِ أَو للصَّنَمِ وَإِن عصى.

وَكَذَا لَو أَعتق مُكْرهاً أَو سَكرَاناً.

(ومن أعتق لوجه الله) بأن قال: «أنت حرّ لوجه الله» (..عتق، وكذا لو أعتق للشيطان أو للصنم) لوجود العلة، وهي: الإعتاق من أهله مضافاً إلى محلّه من غير مانع شرعيّ، فيترتب عليه حكمها، وهو زوال الرق.

وذكر وجه القربة في الأول ووجه المعصية في الأخيرين: زيادة على العلة، فلا تأثير لها.

ثم إن قصد به التعظيم للشيطان والصنم.. يكون كافراً، وإلا.. فيكون عاصياً لا كافراً.

(وإن) - وصلية - (عصى)؛ أي بذكر الجهة في الأخيرين، يشير إلى أن العتق لا يختص بالقربة.

قال في أول كتاب العتق من «فتح القدير»: وصفته في الاختياري: أنه مندوب إليه غالباً، ولا يلزم في تحققه شرعاً وقوعه عبادة؛ فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر، بل قد يكون معصية؛ كالعتق للشيطان والصنم.

وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق.. ينفذ عتقه مع تحريمه، خلافاً للظاهرية.

وقد يكون واجبا [٥٢٢/أ]: كالكفارة.

وقد يكون مباحاً؛ كالعتق لزيد.

والقربة: ما يكون خالصاً لله تعالى.

فحصل: أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والنّدب والإباحة والتّحريم. انتهى.

(وكذا لو أعتق مكرهاً أو سكراناً)؛ لأن الإكراه لا يزيل إلّا الرّضاء، والعتق لا يتوقف عليه، بل على الإعتاق وقد وجد ذلك.

وَلَو أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى مِلكٍ أَو شَرطٍ.. صَحَّ.

وَلَو خرجَ عبدٌ حَرْبِيٌّ إِلَيْنَا مُسلماً.. عُتِق.

وأما السكر: فلأنّ العلّة صدرت من الأهل مصادفاً للمحلّ، وذلك لأن السّكر لا يبطل الأهلية؛ لتحقق الذمة بالعقل والبلوغ، إلا أنه يمنع استعمال العقل بواسطة غلبة الزّور.. فتصحّ جميع عباراته من الطّلاق والعتاق وغيرهما، وقد ذكرناه في الطّلاق.

أطلق الإكراه فشملَ الملجيء وهو ما يفوت به النّفس أو العضو، وغير الملجيء.

هذا وأما السّكر، فهو مقيّد بما كان من محرّم أو مُثَلَّثٍ بقصد السّكر.

وأما ما كان طريقه مباحاً كسكر المضطر إلى شرب الخمر، والحاصل من الأدوية والأغذية المتخذة من غير العنب، والمثلث لا بقصد السّكر، بل بقصد الاستمراء والتَّقَوي، ونقيع الزبيب بلا طبخ.. فإنه كالإغماء لا يصح معه تصرّف، ولا طلاق، ولا عتاق؛ على ما في «البحر» وقد ذكرناه في الطلاق.

وذكر في «فتح القدير»: أن عتق المكره واقع عندنا، خلافاً للأئمة الثلاث، وعتق السكران واقع باتفاقهم على المختار، وكذا جاز عتق الهازل.

(**ولو أضاف العتق إلى ملك أو شرط.. صحّ**)؛ بأن قال: «إن ملكتك فأنت حرّ أو إن دخلت الدار فأنت حرّ»، إلا أن في الأوّل خلاف الشافعي؛ بناء على أن المعلّق ينعقد سبباً عنده، وعندنا: لا، وإنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط، وأنه لا بد من الملك عند وجود السّبب بالاتفاق؛ على ما في الأصول، وقد تقدم في الطّلاق.

(**ولو خرج عبد حربيّ إلينا مسلماً.. عتق**)؛ لقوله ﷺ في عبيد خرجوا يوم الحديبية قبل الصّلح إلى النبي ﷺ مسلمين: «هم عتقاء الله تعالى» رواه أبو داود في الجهاد؛ لأنه أحرز نفسه وهو مسلم، ولا استرقاق على المسلم ابتداء.

وَالْحملُ يَعْتِقُ بِعِتْقِ أُمِّهِ.

وَصَحَّ إِعْتَاقُهُ وَحدَهُ.

(والحمل يعتق بعتق أمّه) تبعاً لها لاتصاله بها كسائر أجزائها، حتى لو استثناه.. لا يصح، ولو أخرج أكثر الولد فأعتق الأمّ.. لا يعتق الولد؛ لانفصاله عنها بخروج أكثره، ولهذا قالوا: تنقضي بخروج أكثره العدّة.

ويرث لو مات بعد خروج أكثره.

أطلقه فشمل ما إذا ولدته بعد عتقها لستة أشهر أو أقل أو أكثر، لكن إن ولدته لأقلّ من ستة أشهر بعد عتقها.. يعتق مقصوداً لا بطريق التبعية للأم، حتى لا يَنْجَرّ ولاؤه إلى موالي الأب، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر.. فإنه يعتق بطريق التبعية وينجر الولاء إلى موالي الأب؛ على ما في «شرح الوقاية».

فعلى هذا يلزم التكرار بينه وبين قوله: «والولد يتبع أمه في الملك» إلى آخره، وحمل هذا على ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من قبيل قرينة الفساد.

(وصح إعتاقه وحده)؛ لأنه تصرف في ملكه [٥٢٢/ب]، وإنما لا يصح بيعه وهبته؛ لأن التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع.. شرط، ولم يوجد ذلك في الجنين، وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق.

حتى جاز عتق الآبق دون بيعه وهبته، وفي قوله: «إعتاقه»: إشارة إلى اشتراط وجود الولد في البطن حين إعتاقه، وذلك يعلم فيما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق، فلو ولدته لستة أشهر أو أكثر منها.. لم يعتق؛ لعدم تيقن وجوده في بطنها حين الإعتاق، إلا أن تكون الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فتلده لأقل من سنتين من وقت الفراق وإن كان أكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق؛ لأنه حينئذ كان موجوداً حين أعتقه؛ بدليل ثبوت نسبه.

وإلا إذا كان حملها توأمين، جاءت بأوّلهما لأقل من ستة أشهر، ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر.. فإنه يعتق؛ لأنه كان محكوماً بوجوده حين أعتقه، حتى ثبت نسبه.

وأشار بإطلاق إعتاقه: إلى أنه لو أعتقه على مال.. يصح إعتاقه، لكنه لا يجب المال؛ إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين؛ لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الأم؛ لأنه في حق العتق: نفس على حدة، واشتراط بدل العتق على غير المعتق.. لا يجوز؛ على ما في «الهداية».

وعلّله في «فتح القدير»: بأن العتق على مال معاوضة؛ فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية.

ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من لا يسلم المعوض، والمعوض ههنا: أعني القوة الشرعية لم يسلم إلّا للعبد المعتق لا الغير، فصار كالبيع والإجارة؛ فإنه لا يجوز اشتراط الثمن والأجرة على غير المشتري والمستأجر.

بخلاف الخلع.. فإنه يجوز اشتراط بدل الخلع على غير المرأة؛ فإن المرأة لم تحدث لها بالخلع قوّة، ولم تملك به نفسها؛ لأن نفسها كانت في يدها قبله، فلا فرق بينها وبين الأجنبي في عدم سلامة شيء حادث لها، فكما جاز اشتراط بدل الخلع على المرأة.. جاز اشتراطه أيضاً على الأجنبي، فظهر الفرق بين الخلع والإعتاق على مال.

فإن قيل: سلّمنا أن المال لا يجب أصلاً، لكنه ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حدٍّ يكون من أهل القبول؛ أعني كونَه عاقلاً، فلا يعقل العقد؛ كما في خلع الصغيرة؛ فإنه إذا شرط المال عليها.. يتوقف الطلاق على قبولها إن كانت من أهل القبول؛ بأن كانت عاقلة تعقل العقد؛ فإن قبلت.. صحّ الخلع، ولا يلزم المال على ما مر.

قلنا: توقف الطلاق في الخلع على قبول الصغيرة الخلعَ مشروطٌ بكونها من أهل القبول لا مطلقاً؛ على ما صرّحوا به، والحمل ههنا: ليس من أهل القبول حتى يتوقف وقوع العتق على قبوله.

وَلَا تَعْتَقُ أُمُّهُ بِهِ.

وقد يجاب عنه: بأن المولى لما علم عدم كون الحمل أهلاً لقبول الشرط والخطاب وأقدم على العتق.. علمنا أنّ قصده هو الإعتاق بلا مال [٥٢٣/أ]، وفيه لا يتوقّف وقوع العتق على القبول، لكنه يرد عليه لزوم ذكر المال.

ولا بدّ أن يعلم: أنه لو أعتَقَ الحملَ على مال على أمّه.. فوقوع العتق - وإن لم يتوقّف إلى بلوغ الحمل إلى حدّ القبول لكنه - يتوقف على قبول الأم المال، وإن لم يجب المال عليها بقبولها؛ على ما صرّح به في «البحر» مستدلّاً بما في «المحيط».

ولو قال: «أعتقت ما في بطنك على ألف عليك» فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر.. يعتق بلا شيء؛ لأن العتق معلق بقبول الأمة الألفَ وقد قبلت الألفَ.. فعتق الولد وبطل المال. انتهى.

وهل يشترط ولادة الحمل حيّاً - بعد إعتاقه - في وقوع العتق؟ ففي «البحر» أنه شرط.

(**ولا تعتق أمّه به**) لا قصداً؛ لعدم إضافة الإعتاق إليها، ولا تبعاً؛ لما فيه من قلب الموضوع الشرعي؛ من جعل الأصل فرعاً.

فإن قيل: إذا لم تعتق أمّه.. لِمَ لا يجوز بيعها كما يجوز هبتها؟

أجيب: بأنّه لما أعتق ما في بطنها.. لم يبق الجنين على ملكه، فهبة الأمة بعد ذلك صارت بمنزلة هبتها واستثناء حملها، واستثناء الحمل في الهبة: شرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد.

بخلاف البيع.. فإنه يفسد بالشروط الفاسدة.

ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه، والأمة لغير الأب.. جاز الشراء وعتق ما في بطنها عليه؛ لأنه أخوه، ولا تعتق الأمة، ولا يجوز بيعها قبل أن تضع حملها، وله بيعها بعد وضعها؛ كذا في «البدائع».

وَالْوَلَدُ يتبعُ أُمَّهُ فِي الْمِلْكِ، وَالرِّقِّ، وَالْحريَّةِ، وَالتَّدْبِيرِ، وَالِاسْتِيلَادِ، وَالْكِتَابَةِ.

(والولد يتبع أمّه في الملك والرق والحرية والتدبير)؛ أي: المطلق لا المقيد؛ كما في بيوع «الأشباه».

(والاستيلاد)؛ أي: أمومية الولد، (والكتابة) للإجماع عليه، ولأن ماءه صار مستهلكاً بمائها.. فيترجح جانبها.

ولهذا ثبت نسب ولد الزنا، وولد الملاعنة من أمّه دون أبيه، حتى يرث أمّه دون أبيه، والأم ترثه دون أبيه.

وصار كما إذا تولد بين الوحشي والأهلي، أو بين المأكول وغير المأكول من الحيوان.. يصير أهلياً ويؤكل لحمه تبعاً للأم إذا كانت أمه كذلك.

وكذا تجوز الأضحية به إذا كانت أمه مما يجوز به الأضحية.

والمراد بالولد ههنا: هو الحمل؛ لأنه لا يتبع الأم في أوصافها إلا الحمل.

وأما الولد بعد الوضع.. فلا يتبعها في شيء مما ذكر، حتى لو أعتق الأم بعد الولادة.. لا يعتق الولد، فلو عبّر بالحمل أو بالجنين بدل الولد.. لكان أولى؛ على ما في «البحر»:

وفيه أيضاً: المراد بالحرية ههنا: الحرية الأصليّة، وأما الطّارئة: فقد أفادها أولاً بقوله: «والحمل يعتق بعتق أمّه».

فإن قيل: على هذا الأصل: هل القول قول الأم وبينتها، أو للأب إذا اختلفا في الأوصاف المذكورة؟ بناء على الأصل المقرّر: أن القول: قول من يشهد له والبينة الظاهر، والبينة بينّة من يدعي خلاف الظاهر؛ لأن البيّنات شرعت لإثبات خلاف الأصل.

وَولدُ الْأَمَةِ مِن سَيِّدهَا حُرٌّ، ....

قلت: فيه تفصيل، ففي «البدائع»: لو اختلف المولى والمدبرة في ولدها، فقال المولى: ولدتيه قبل التدبير [٥٢٣/ب] فهو رقيق، وقالت هي: ولدته بعده فهو مدبّر.. فالقول قول المولى مع يمينه على علمه، والبينة بينة المدبّرة.

ولو كان مكان التّدبير عِتقٌ، فقال المولى للمعتقة: ولدتيه قبل العتق فهو رقيق، وقالت: ولدته بعد العتق وهو حرّ.. يحكم فيه الحال، إن كان الولد في يدها.. فالقول قولها، وإن كان في يد المولى.. فالقول قوله؛ لأن الظاهر يشهد لمن في يده، بخلاف المدبّرة.. فإنها في يد المولى، فكذا ولدها. انتهى.

ولم يذكر ما إذا كان الولد في أيديهما، ففي «قاضي خان» نقلا عن «العيون»: إن كان الولد في أيديهما.. فكذلك يكون القول قولها؛ على قول أبي يوسف، وإن أقاما البينة.. فبينتها أولى؛ لأنها تثبت العتق في زمان سابق.

وكذلك في الكتابة.

فأمّا في التدّبير: القول قول المولى، وفي «المنتقى» عن محمّد: إن كان الولد يعبّر عن نفسه.. فالقول قوله، وإن كان لا يعبّر.. فالقول لمن هو في يده، وإن أقاما البينة.. فبينتها أولى.

وكذلك الكتابة.

وأشار بتقييد التبعيّة بالصفات المذكورة: إلى أنه لا يتبع الأم في النسب؛ لأن النسب للأب لا للأم؛ لأنه للتعريف، وحال الرّجال مكشوفة دون النساء.

حتى لو تزوج هاشميّ أمة فأتى بولد.. فهو هاشمي تبعاً لأبيه، رقيق تبعاً لأمّه؛ كما في «فتح القدير».

(**وولد الأمة من سيّدها: حرّ**)؛ لأنه مخلوق من مائه، وماؤه حرّ، فيتعلق الولد حرّاً.. فيعتق عليه.

فإن قيل: لا، بل هو مخلوق من مائه وماء الأمة، وقد مر: أن جانب الأم راجح.

وَمن زَوجُهَا مِلكٌ لسَيِّدِهَا.

وَولدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِقِيمَتِهِ.

قلنا: نعم، إلا أن ماء الأمة مملوك للمولى يعارض ماء المولى، بخلاف أمة الغير؛ لأن مائها مملوك لسيدها.. فتحققت المعارضة، وإليه أشار بقوله:

(ومن زوجُها ملك لسيّدها)؛ لأن ماء أمة الغير يعارض ماء الزوج؛ لأن ماء الأمة حينئذ ليس مملوكاً للزوج؛ فإذا تعارضا.. يترجح ماء الأمة، وصار الولد ملكاً لسيدها، لكونها ملكاً له.

فإن قيل: كيف يصير الولد ملكاً للمولى والزوج قد يتضرّر بكون مائه ملكاً لغيره.

قلنا: إنه قد رضي بذلك لإقدامه على تزوج أمة الغير.

(وولد المغرور: حرّ بقيمته).

صورته: رجل اشترى أمة على أنها ملك البائع، أو نكح امرأة على أنها حرّة، فولدت كلّ منهما ولداً، فظهر أن الأولى: ملك لغير البائع، والثانية: أمة.. فحينئذٍ يكون كل من الولدين حرّاً بالقيمة.

أما حريته: فلأنّه خلق من ماء الحر، ولم يرض صاحبه برِقِّيَّة مائه كما رضي في المسألة الأولى، فلا يتبعها.

وأما القيمة: فلرعاية جانب التبعيّة الأصلية.

* * *

(بَابُ عِتْقِ الْبَعْضِ)

وَمنَ أَعتقَ بعضَ عَبدِهِ.. صَحَّ وسعى فِي بَاقِيهِ، وَهُوَ كَالْمكَاتَبِ،........

(بَابُ عِتْق البَعض)

ولما فرغ من إعتاق الكلّ.. شرع في إعتاق البعض، أخّره عنه؛ لأن إعتاق الكلّ متفق عليه، وإعتاق البعض مختلف فيه، والمتفق عليه: أولى بالتقديم.

(ومن أعتق بعض عبده.. صح) إعتاقه (وسعى) العبد [٥٢٤/أ] (في باقيه)؛ لأنه بإعتاق بعضه: لا يثبت العتق في بعضه، ولا في كلّه، بل يبقى رقيقاً في حقّ الأحكام؛ من الشهادة، والولاية، وعدم جواز نكاح الأربع، وعدم التزوج بدون إذن المولى، وعدم جواز الكفالة، والهبة، والصّدقة إلّا شيئاً يسيراً؛ إذ لو ثبت العتق فيه.. لثبت في كلّه؛ لعدم تجزيء العتق بالاتفاق.

ولنا: الخلاف في تجزيء الإعتاق، ولا سبب لثبوته في كلّه؛ لعدم إضافة الإعتاق إلى الكلّ.. فيتوقّف في الحكم بالعتق إلى أن يؤدي السّعاية، ويسقط الملك بالكلّية.. فيعتق.

(وهو كالمكاتب) عند أبي حنيفة؛ لأن إضافة الإعتاق إلى بعض.. توجب ثبوت المالكية للعبد في الكلّ؛ إذ بالإضافة المذكورة.. زالت المملوكية عن ذلك البعض، فيلزم تحقق المالكية في ذلك؛ لعدم جواز ارتفاعهما عن البشر، وتحقق المالكية في البعض.. يستلزم تحققها في الكلّ؛ لعدم تجزيء المالكية؛ لأنه لا يتصور أن يكون بعض الشخص مالكاً والبعض الآخر مملوكاً، وإن بقاء الملك في البعض الآخر: يمنع العبد عن ثبوت المالكية في الكلّ؛ لعدم التجزيء، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكلّ وما يوجب بقاء الملك في الكل، فتعارض الدّليلان، والعمل بهما ممكن بإنزال العبد مكاتباً.. فعملنا بهما وجعلناه مكاتباً؛ لأن المكاتب مالك يداً ومملوك رقبة، فكذا المستسعى.

فإن قيل: لو كان كالمكاتب.. لعاد رقيقاً إذا عجز.

إِلّا أَنَّهُ لَا يُرَدُّ فِي الرِّقِّ لَو عجزَ.

وَقَالا: يَعْتِقُ كُلُّهُ وَلَا يسْعَى.

فأجاب عنه بقوله: (إلا أنه لا يرد في الرقِّ لو عجز)؛ لأنه إسقاط لا إلى بدل، وكل إسقاط كذلك.. ليس فيه معنى المعاوضة، وكلّ ما ليس فيه معنى المعاوضة.. لا يقبل الفسخ، وكل ما لا يقبل الفسخ.. لا يرّد إلى الرق عند العجز؛ فمعتق البعض: لا يرد إلى الرق عند العجز.

بخلاف الكتابة المقصودة: فإنها إسقاط من المولى إلى بدل، فيكون مما فيه معنى المعاوضة.. فيفسخ.

وههنا مستثنيان آخران ذكرهما في «الأشباه»:

أحدهما: أنه لو جمع بين معتق البعض وبين القن في البيع.. يتعدى البطلان إلى القنّ، بخلاف المكاتب إذا جمع مع القنّ في البيع.. لا يتعدّى البطلان إلى القنّ.

والثاني: إذا قتل معتق البعض ولم يترك وفاء لما وجب عليه من السّعاية.. لم يجب القصاص به.

بخلاف المكاتب إذا قتل عن غير وفاء.. فإن القصاص واجب.

(وقالا: يعتق كله، ولا يسعى)، وأصل هذا الاختلاف: أن الإعتاق مُتَجزّئ عند أبي حنيفة فيقتصر على ما أعتق، غير مُتَجزَئ عندهما وعند الشّافعي: بمعنى أن إعتاق البعض هو إعتاق الكلّ؛ لأن العتق لازم الإعتقاق وأثره؛ لأنه عبارة عن إثبات القوة الشرعيّة وهو العتق، والعتق ليس بمتجزئ بالاتفاق، وإلّا.. لزم تجزئ الرّق أيضاً، وذلك باطل؛ لأنه أثر الكفر وثمرة القهر، فلا يتصور فيه التجزؤ؛ فإذا لم يتجزأ العتق لم يتجزأ الإعتاق أيضاً، وإلّا.. لزم منه تجزؤ العتق أيضاً؛ لأن وجود الملزوم [٥٢٤/ب] يستلزم وجود اللّازم، وإذا لم يتجزأ.. يعتق كله، وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد، فمعتق البعض عندهما: حرّ مديون يجري عليه أحكام الأحرار.

وَإِن أَعتَقَ شريكٌ نصِيبَهُ مِنْهُ.. فللآخَرِ أَن: يَعْتِقَ، ....

ولأبي حنيفة: أن الإعتاق لا يستلزم العتق، حتى لو أعتق البعض.. لا يثبت للعبد حرية أصلاً لا في بعضه ولا في كله إلى أن يستسعي على ما ذكرناه آنفاً، وإنما يستلزمه إن لو كان عبارة عن إثبات العتق بإزالة الرق، أو عن نفس إزالة الرق، وليس كذلك، بل هو عبارة عن إثبات العتق بإزالة الملك، أو عن نفس إزالة الملك؛ لأن الإعتاق: هو تصرف المعتق والعبد لا يتصرّف إلا في حقه، وهو الملك دون الرق؛ لأنه حق الله تعالى جزاء عن الكفر أو حق الغانمين، والملك يقبل التجزيء بالإجماع، فكذا الإعتاق على كلا التقديرين المذكورين.

فحاصل الخلاف: إعتاق البعض.. لا يوجب زوال الرق عن المحلّ، بل يبقى المحلّ رقيقاً، ولكن يوجب زوال الملك بقدره عند أبي حنيفة، وقالا: يوجب زوال الملك عن كل المحل.

والجواب عن الطلاق والقصاص: أنه ليس فيهما حالة متوسطة، فأثبتناهما في الكلّ ترجيحاً للمحرم، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن الكتابة واسطة بين الحرّية والرقية، والاستيلاد متجزّئ عنده أيضاً، حتّى إذا ولدت المدبرة المشتركة بينهما فادّعاه أحدهما.. تصير نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة لشريكه، حتى لو ماتا.. فنصف الشريك: من الثلث، ونصف الآخر: من الكل، وولاء الولد بينهما.

(**وإن أعتق شريك**) بالإرث، أو الشراء.. (**فللآخر أن يعتق**)، أي: سواء كان أعتقه منجّزاً، أو مضافاً على ما في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: وينبغي إذا أضافه أن لا يقبل منه إضافته إلى زمان طويل؛ لأنه كالتدبير معنى، ولو دبّره.. وجب عليه السّعاية في الحال فيعتق؛ كما صرّحوا به، فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدّة الاستسعاء. انتهى.

ثم صرّح بأن التدّبير والكتابة في معنى الاستسعاء، ويدل عليه أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين.. لا يجوز، إلا أن يكون قدراً يتغابن الناس فيه؛

أَو يُدبِّرَ، أَو يُكَاتِبَ، أَو يَستسعي.

وَالْوَلَاءُ لَهما.

أَو يُضَمِّنُ الْمُعْتَقَ لَو مُوسِراً، وَيَرجعُ بِهِ الْمُعْتِقُ على العَبْدِ وَالْوَلَاءُ لَهُ.

وَقَالا: لَيْسَ لِلْآخَرِ إِلّا الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ، ....

لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته، فلا يجوز الأكثر، وكذا لو صالحه على عرض أكثر.

وإن كاتبه على عروض قيمتُه أكثر من قيمته.. جاز. انتهى.

فمنه ظهر: أنه لو ترك ذكر التدبير والكتابة واقتصر على الخيارات الثلاث، أعني: الخيار بين العتق، والاستسعاء، والتضمين؛ كما فعله بعض مشايخنا.. لصح أيضاً.

(**أو يدبّر أو يكاتب أو يستسعي والولاء لهما**)، أي: للشريكين؛ فيه: إشارة إلى أنّ الاختلاف في صفة السّبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال، وإعتاق الآخر بدونه.. لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعاً.

(**أو يُضمِّنُ**) الساكتُ (**المعتقَ لو موسراً**) أطلق في تضمين الموسر وهو مقيد بأن يكون الإعتاق بغير إذنه، ولو أعتق أحدهما بإذن صاحبه.. فلا ضمان عليه أصلاً، كذا في «البحر» [٥٢٥/أ].

(**ويرجع به**)، أي: بما ضمن (**المعتق على العبد، والولاء له**)، أي: للمعتق، هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: ليس على الآخر إلّا الضمان مع اليسار**)، والمراد باليسار ههنا: يسار التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر، لا يسار الغناء، وهو ملك النصاب، هذا في ظاهر الرواية.

ولم يستثنى فيها الكفاف، وهو: المنزل والخادم وثياب البدن.

وفي رواية الحسن: يستثنى الكفاف.

والسِّعايةُ مَعَ الإِعسارِ، وَلَا يرجعُ الْمُعْتِقُ على العَبْدِ لَو ضَمِنَ، وَالْوَلَاءُ لَهُ فِي الْحَالَينِ.

ثم المعتبر: قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الإعتاق، حتى لو كان فيه صحيحاً ثم اعمي.. يجب نصف قيمته صحيحاً، ولو كان فيه أعمى، ثم انجلى بياض عينه.. يجب نصف قيمته أعمى؛ لأنه حال ثبوت الضمان، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره، حتى لو كان موسراً وقت التّضمين فأعسر.. لا يسقط عنه الضمان، ولو كان معسرا فأيسر.. لا ضمان.

وإنما اعتبر يسار التيسير؛ لأن به يعتدل النظر من الجانبين: جانب المعتق، وجانب السّاكت بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حقّ الساكت إليه.

(**والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتق على العبد لو ضمن، والولاء له في الحالين**).

هذه المسألة تبتنى على أصلين:

أحدهما: تجزؤ الإعتاق وعدم تجزئه على ما بيناه.

والثاني: أن يسار المعتق لا يمنع السّعاية عنده، وتمنع عندهما؛ لقوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه: «إن كان غنياً.. ضمن، وإن كان فقيراً.. يسعى في حصّة الآخر»، رواه نافع عن ابن عمر.

والقياس: أحد الأمرين:

إما وجوب الضمان على المعتق موسراً، أو معسراً؛ لأنه بإعتاقه أفسد نصيب شريكه.

وإما عدم وجوب الضمان عليه مطلقاً؛ لأنه متصرّف في نصيب نفسه وهو ملكه وإن تعدى ضرر تصرفه إلى شريكه؛ كمن سقى أرضه فنزَّت أرض جاره.. حيث لا ضمان عليه.

ولكن تركنا القياس بما رويناه؛ لأنه قسم فيه، والقسمة تنافي الشركة.

ولأبي حنيفة: أنه احتسب مالية نصيب السّاكت عند العبد.. فله أن يضمنه؛ كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به.. فعلى صاحب الثوب قيمة الصبغ للآخر موسراً، أو معسراً؛ لاحتباس مالية صبغه عند صاحب الثوب، فكذا هذا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه.

فإن قيل: هذا قياس في مقابلة النص السابق وهو باطل.

قلنا: إن النبي ﷺ علّق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه؛ لأن المعلّق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود، لا العدم عند العدم؛ لعدم مفهوم المخالف عندنا، فجاز أن يثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً؛ فإذا عرفت هذا.. فتخريج قولهما: أن الإعتاق إذا لم يكن متجزّئاً عندهما.. كان المعتق موقعاً للعتق في النّصيبين جميعاً، ويساره مانع عن السّعاية على ما مرّ.. فوجب عليه الضمان، ولا يرجع بما ضمن على العبد؛ لعدم السعاية عليه في حال اليسار؛ لما ذكر من الأصل الثاني.

والولاء [٥٢٥/ب] له؛ لأن المعتق كله من جهته لما ذكر من الأصل الأوّل.

وأما تخريج قوله: فخيار العتق للشريك: بناء على الأصل الأوّل؛ لأن ملكه باق في نصيبه.. فجاز إعتاقه.

وأما التضمين.. فلأن المعتق جان بإفساد نصيبه؛ حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك ممّا سوى الإعتاق والتّدبير والكتابة.

وأما الاستسعاء.. فلاحتباس نصيبه عنده على ما ذكر في الأصل الثاني.

وأما رجوع المعتق.. فلأنه قام مقام السّاكت بأداء الضّمان، وقد كان له أخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الأصل الثاني، فكذا من قام مقامه؛ ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً.. فصار كأن الكل له، وقد أعتق بعضه.. فله أن يعتق الباقي، أو استسعى إن شاء.

وَلَو شهدَ كلٌّ مِنْهُمَا بِإِعْتَاقِ شَرِيكِهِ.. سعى لَهما فِي حظِّهما، وَالْوَلَاءُ بَينهمَا كَيفَمَا كَانَا.

وأما كون الولاء للمعتق في هذا الوجه.. فلأن العتق كله من جهته من حيث إنه ملكه بالضّمان.

وفي حال إعسار المعتق؛ إن شاء.. أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء.. استسعى لاحتباس مالية نصيبه، ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدّى بالاتفاق؛ لأنه يسعى لفكاك رقبته عنده.

ولا يقضي ديناً على المعتق عندهما؛ لأنه حرّ مديون عندهما، فيقضي دين نفسه لا دين غيره، وقول الشافعي في الموسر: كقولهما.

وقال في المعسر: يبقى نصيب السّاكت على ملكه، يباع ويوهب؛ لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره، ولا إلى السعاية؛ لعدم جناية العبد، ولا رضاء له بالاعتاق، ولا إلى إعتاق الكل؛ للإضرار بالسّاكت.

قلنا: إلى الاستسعاء سبيل؛ لأنه لا يفتقر إلى الجناية، بل يبتنى على احتباس المالية على ما ذكرناه.

(**ولو شهد كلّ منهما**)، أي: من الشريكين (**بإعتاق شريكه.. سعى**) العبد (**لهما في حظهما، والولاء بينهما كيفما كانا**) الشريكان؛ موسرين كانا أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر عند أبي حنيفة؛ لأن كلّ واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق، ويزعم أن صاحبه أعتق نصيبه.. فصار العبد بذلك مكاتباً في زعمه، أي: في حكم المكاتب عند أبي حنيفة، ويحرم عليه الاسترقاق، فلا يقبل قوله في حق صاحبه، ويقبل في حق نفسه.. فيمنع به من استرقاقه ويستسعيه؛ لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان، أو صادقاً.

أما إذا كان صادقاً.. فظاهر؛ لأنه مكاتب.. فلزمه الاستسعاء؛ لكونه بمنزلة بدل الكتابة.

وأما إذا كان كاذباً.. فهو عبده ومملوكه، فلزمه الكسب للمولى، وهو المراد بالاستسعاء.

ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار؛ لأن حق كل واحد منهما في أحد الشيئين: السعاية أو التضمين؛ سواء كان الآخر موسراً أو معسراً، إلا أن حقّه حال كون الآخر موسراً: في أحدهما من السعاية، والتضمين غير عين، وفي حال كونه معسراً: حقّه في أحدهما عيناً، وهو السعاية، وهذا؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة على ما مر [٥٢٦/أ] من الأصل الثّاني، وقد تعذّر التّضمين؛ لإنكار شريكه الإعتاق، وبشهادة الآخر ليست نافذة عليه؛ لأنه فرد ويشهد لنفسه.

ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة، فشهد كل اثنين منهما على الآخر أنه أعتق.. لم يقبل للمعنى الثاني؛ فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التّضمين ويشهدان لعبدهما؛ فإذا تعذّر التضمين.. تعينت السّعاية في الحالين، وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدّي؛ لأن المستسعى كالمكاتب عنده.

فإن قيل: لا نسلم أن التضمين متعذر؛ فإنه لما أنكر العتق.. يحلّف؛ فإن نكل.. وجب الضمان.

أجيب عنه في «العناية»: بأنه لما كان من اعتقاد كلّ واحد منهما أنه ما أعتقه.. يحلف، وإذا حلف.. لم يجب عليه الضمان بالحلف فتتعين السعاية، فلا فائدة في التحليف، بل تتعين السعاية بلا تخليف؛ لأن مآله إلى السعاية.

أقول: فيه نظر:

أما أولاً: فلأنا لا نسلم أن كلاً منهما اعتقد أنه ما اعتقه؛ لأن شهادة كل منهما لا تستلزم ذلك الاعتقاد لصاحبه، ولو سلّم.. فلا نسلم أنه يحلف؛ لجواز أن لا يحلف بذلاً للضمان وحذراً عن أن يجعل اسم الله تعالى عرضة للأيمان على ما روي عن كثير من السلف، ولو سلم، ولكنه يلزم أن لا يحلّف في شيء من

وَقَالا: يسْعَى للمعسِرَينِ ....

الخصومات الّتي فيها الإنكار بأن يقال مثلاً؛ لما أنكر ثبوته في ذمته.. فقد اعتقد عدمه، فيحلف ولم يجب الضمان، ولا فائدة في التحليف، واللّازم باطل.

وأما ثانياً: فلأنه صرّح في «البحر» نقلاً عن «المستصفى» و«البدائع» و«المحيط»: أن تعيين السعاية لهما بعد أن يحلف كلُّ واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كلّ واحد منهما مدّع ومنكر.

وقال في «فتح القدير» نقلاً عن الشارح: أن تعيين استسعائهما العبد إنما هو بعد أن يحلف كلٌّ منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كلّا يدّعي على الآخر الضمان، والضمان مما يصّح بذله، فيستحلف عليه.

ثم قال: وهو الأوجه، فيجب أن يقال: إن لزم استسعاء كل منهما للعبد فيما إذا لم يترافعا إلى قاض، بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر؛ فإن هذه ليس حكمها إلّا الاستسعاء؛ أما لو أراد أحدهما التضمين، أو أراداه ونصيبهما متفاوتٌ فترافعا إلى القاضي، أو رفعها ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما؛ فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا.. لا يسترقُّ؛ لأن كلّا يقول: إن صاحبه حلف كاذباً، واعتقاده أنّ العبد يحرم استرقاقه، ولكلٍّ استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما أعتقا معاً، أو على التعاقب.. وجب أن لا يضمن كلٌّ الآخرَ إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد؛ لأنه عتق كلّه من جهتهما.

ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر.. فإن المنكر يجب أن يحلف؛ لأنه فيه فائدة؛ فإنه إن نكل.. صار معترفاً، أو باذلاً وصارا معترفين، فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا. انتهى.

وإنما كان الولاء لهما؛ لأن كلاً منهما يقول: عتق نصيب شريكي عليه بإعتاقه وولاؤه له، وعتق [٥٢٦/ب] نصيبي بالسّعاية وولاؤه لي، هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يسعى للمعسرَين**)؛ لأن كلّ واحد منهما يدّعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً، على ما بيناه من أنّا تيقنا بحق الاستسعاء.

لَا للموسرَينِ، وَلَو أَحدُهمَا مُوسِراً وَالْآخرُ مُعسراً.. يسْعَى للمُوسِرِ فَقَط، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ فِي الْأَحْوَالِ حَتَّى يتصادَقا.

وَلَو علَّقَ أَحدُهمَا عِتقَهُ بِفعلٍ غَداً، وَالْآخرُ بِعَدَمِهِ فِيهِ،..................

(لا للموسرين)؛ لأن كلّ واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه؛ لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما على ما مر في الأصل الثاني، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر، والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه .

(ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً.. يسعى للموسر فقط)؛ لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره، وإنما يدّعي على العبد السّعاية ولا يتبرأ عنه، ولا يسعى للمعسر؛ لأنه يدّعي الضّمان على صاحبه ليساره، فيكون متبرّأ للعبد عن السعاية.

(والولاء موقوف) عندهما (في الأحوال) كلها؛ لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه، ويثبت له بإدعاء أنه هو الذي أعتق، والعتق لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ من زوال الرق، وصاحبه يتبرأ عنه.. فيبقى موقوفاً (حتى يتصادقا) على إعتاق أحدهما، حتى لو لم يتصادقا عليه وماتا.. وجب أن يأخذه بيت المال على ما صرّح به في «فتح القدير».

(ولو علق أحدهما عتقه بفعلٍ غداً) بأن قال: إن دخل زيد هذه الدار غداً.. فأنت حرّ، (والآخر) غدا (بعدمه فيه) بأن قال: إن لم يدخل زيد هذه الدار غداً.. فأنت حرّ، إنما قيد كون التعليق من شخصين، أعني: كون أحدهما من أحدهما، والآخر من الآخر؛ لأنه لو كان من شخص واحد؛ كمن قال: إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم.. فعبدي حرّ، ثم قال: إن كان فلان دخل هذه الدار اليوم.. فامرأتي طالق: عتق عبده وطلقت امرأته؛ لأن باليمين الأولى صار مقرّاً بوجود شرط الطّلاق، وباليمين الثانية صار مقرّاً بوجود شرط العتق، كذا قالوا.

فَمضى وَلم يُدرَ.. عتقَ نصفُهُ وسعى فِي نصفِهِ لَهما مُطلقاً.

وَعِنْدَهُمَا: إِن كَانَا موسرَينِ.. فلا سعايةَ، وَإِن كَانَا مُعسرَين.. فَفِي نصفِهِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي كُلِّهِ عِنْدَ محمَّدٍ.

وقيل: لم يعتق ولم تطلق؛ لأن أحدهما معلّق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكلّ واحد من الشّرطين دائر بين الوجود والعدم.. فلا ينزل الجزاء بالشك، كذا في «النهاية».

(فمضى) الغد (ولم يدر) وقوع الشرط وعدمه (.. عتق نصفه وسعى في نصفه) الآخر (لهما مطلقاً)، أي: موسرين كانا، أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر عند أبي حنيفة؛ لأن يسار المعتق لا يمنع وجوب السّعاية على العبد عنده على ما مرّ، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السّواء.

(وعندهما: إن كانا موسرين.. فلا سعاية) ليبرأ كلّ واحد منهما عن السعاية، ويدعي الضمان على صاحبه بناءً على أن يسار المعتق يمنع السّعاية عندهما.

(وإن كانا معسرين.. ففي نصفه عند أبي يوسف) لما ذكرناه في وجه أبي حنيفة.

(وفي كلّه: عند محمد)؛ لأن المقضي عليه: سقوط حقه في السعاية - وهو الحانث في يمينه - مجهول، ولا يقضى على المجهول بشيء، فصار كما إذا قال لغيره: لك على أحدنا ألف درهم؛ فإنه لا يقضى بشيء للجهالة، فكذا لا يقضى بسقوط شيء [٥٢٧/أ] للجهالة، وإذا لم يحكم بسقوط شيء.. وجب الكل.

والجواب: أنا تيقنا بسقوط نصف السّعاية؛ لأن أحدهما حانث بيقين، ومع اليقين بسقوط النّصف كيف يقضى بوجوب الكلّ؟! والجهالة المانعة من القضاء بالسّقوط.. ترتفع بالشّيوع والتّوزيع؛ كما إذا أعتق أحدَ عبديه لا بعينه، أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر، أو البيان.. فإن العتق يوزع عندنا ؛ لعدم الأولوّية، فيعتق من كلٍّ نصفُه، ويسعى في قيمة نصفه للورثة؛ ففيما نحن فيه: إن النصف الذي عتق.. يشيع في نصيب الشريكين، ويوزع عليهما، فصار المقضي عليه بسقوط السّعاية هو

وَإِن مُخْتَلفَين.. يسْعَى للموسرِ فَقَط فِي رُبُعِهِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ،..........

المولين فلا جهالة في المقضى عليه، وإنما يلزم لو قضي على أحدهما غير عين، وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع، وهو عدم أولّوية أحدهما بتمامه.

فإن قيل: في التوزيع فساد، وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق، وهو حقّه، وإيجابه بغيرِ مَن له الحق وهو المعتق.

أجيب: بأن ذلك متحمل لضرورة دفع الضرر عن العبد؛ لأنا لو لم نقل بالتوزيع، وقلنا بوجوب كل السّعاية؛ كما قال محمّد.. لكان فيه إبطال حق العبد من كل وجه.

وأما إذا قلنا بالتوزيع.. فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه.. فكان التوزيع أولى.

فإن قيل: إنه وإن لم يتعين بالتعيين، لكنه متعين في نفس الأمر، والتعيين في نفس الأمر.. يمنع التوزيع.

قلنا: ممنوع بما ذكرناه من أنه إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه، أو بعينه ونسيه. انتهى.

فإن التعيين في نفس الأمر فيه لم يمنع التوزيع، وبما ذكروه في كتاب التحري أيضاً: عشرة رجال لكلّ منهم جارية، أعتق أحدهم جاريته، ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة، ثم اجتمعن في ملك واحد، ثم مات.. فإنه يحكم بعتقهن، وتسعى كلّ واحدة منها في تسعة أعشار قيمتهن انتهى.

فإن التعيين في نفس الأمر فيه.. لم يمنع التوزيع.

(وإن) كانا (مختلفين.. يسعى للموسر فقط في ربعه عند أبي يوسف)؛ لأن المعسر يدّعي الضمان على شريكه ويتبرأ من السعاية.. فيسقط حصته عنه، والموسر يدّعي السّعاية، فيسعى في حصّته وهو الربع.

وَفِي نصفِهِ عِنْدَ محمَّدٍ.

وَلَو حلفَ كلٌّ بِعِتْقِ عَبدِهِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا.. لَا يعْتِقُ وَاحِدٌ.

(وفي نصفه: عند محمد)؛ لأن المعسر يتبرأ عن السعاية ويدعي ضمان الموسر؛ لأن يسار المعتق يمنع وجوب السعاية عنده، والموسر يدّعي السّعاية.

(ولو حلف كل) من رجلين (بعتق عبده والمسألة بحالها)، وذلك بأن قال أحدهما: إن دخل زيد هذه الدار غداً.. فعبدي حرّ، وقال الآخر: إن لم يدخل زيد هذه الدار غداً.. فعبدي حرّ، فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (.. لا يعتق واحد) من العبدين، ولا جزء من واحد منهما بالاتفاق؛ لأن المقضى عليه بعتق عبده وهو أحد الموليين مجهول، والمقضي عليه بعتقه وهو العبد مجهول أيضاً، فتفاحشت الجهالة.. فامتنع القضاء.

بخلاف المسألة السابقة: فإن العبد هناك واحد [٥٢٧/ب]، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به، وهو العتق معلوم، فغلب المعلوم على المجهول، وفيما نحن فيه بالعكس، وإنما قيّد بكون كلّ منهما يعتق عبد نفسه تماماً؛ لأنه لو كان بين رجلين عبدين، وقال أحدهما لأحدهما: أنت حر إن لم يدخل زيد هذه الدّار غداً، وقال الآخر: إن دخل زيد هذه الدّار غداً فأنت حرّ، فمضى اليوم ولم يدر الدخول وعدمه.. فإنه يعتق كلّ واحد منهما مع أن المقضي له والمقضي عليه مجهول، ويسعى كلّ واحد منهما في جميع قيمته مطلقاً عند أبي حنيفة: بينهما نصفان.

وكذا عندهما: إن كانا معسرين.

وإن كانا موسرين.. يسعى كلّ واحد منهما للحالف بعتقه؛ لأنه منكر العتق فيه، وإنما يعتق من جهة صاحبه بدعوى حنثه، ولم يسع للآخر وهو غير الحالف بعتقه؛ لأنه يدعي الضمان على صاحبه، فيكون مبرأً للعبد عن السعاية، كذا في «المحيط».

وذكر في «الإيضاح»: أنّ كلّ واحد منهما يسعى في ثلاثة أرباع قيمته عند أبي يوسف بينهما نصفين.

وَمَن ملكَ ابْنَهُ مَعَ آخرَ بشرَاءٍ، أَو هبةٍ، أَو صَدَقَةٍ، أَو وَصِيَّةٍ.. عتقَ حَظُّهُ وَلَا يضمنُ، ....

وتحقيق الفرق بين هذه المسألة ومسألة الكتاب: أن كل واحد منهما يزعم في هذه المسألة أن شريكه حانث؛ فكأنه يقول: أنا ما حنثت، وإنما حنث شريكي على ما هو مقتضى اليمين، فكان قد أقرَّ أن شريكه أعتق نصيبه من هذا العبد وأفسد عليه نصيبه، وإقراره في حق نفسه مقبول، وإن لم يقبل في حق غيره - بخلاف مسألة الكتاب - فإن كلّ واحد منهما يزعم أن الآخر هو الحانث في عبده، وليس فيه نصيب له حتى يكون مقرّاً بفساد نصيبه ويعتق عليه بإقراره.

لكن لو تبايعا مقايضة.. عتق عليهما؛ لإقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر، وإقراره معتبر في حقّ نفسه.

ولو اشتراهما إنسان آخر.. جاز شراؤه، وإن كان عالماً.. يحنث أحد المالكين؛ لأن كل واحد منهما يزعم أنه باع عبداً، وزعم المشتري غير معتبر قبل دخوله في ملكه؛ كما أقر بحرّية عبدٍ، ومولاه ينكر، ثم اشتراه.. صح.

ثم إذا جاز شراؤه لهما واجتمعا في ملكه.. عتق عليه أحدهما؛ لأن زعمه معتبر في حق نفسه في هذه الحالة، ويؤمر بالبيان على ما في «التبيين» و«فتح القدير».

(**ومن ملك ابنه مع آخر بشراء**)، أي: بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب وذلك الآخر معاً، وقال: بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا؛ لأن حكم الشراء بعقدين سيأتي ذكره مصرّحاً.

(**أو هبة أو صدقة أو وصية**)، وحكم كل قريب يعتق عليه بهذه الأسباب؛ مثل الأبن على ما في «البحر».

(**.. عتق حظّه**)؛ لأنه ملك شقص قريبه فيعتق عليه.

(**ولا يضمن**) الأب؛ لأن شريكه رضي بإفساد نصيبه.

ولشريكِهِ أَن يُعْتِقَ أَو يستسعي، سَوَاء علمَ الشَّرِيكُ أَنَّهُ ابْنُهُ أَو لَا.

وَقَالا: يَضمنُ الْأَبُ إِن كَانَ مُوسِراً، وَعندَ إِعْسَارِهِ.. يسْعَى الابْنُ.

(ولشريكه أن يعتق) نصيبه، أو يدبّره، أو يكاتبه ، (أو يستسعي) لبقاء ملكه فيه فيخير فيه بين ما ذكر.

(سواء علم الشريك) وقت الشراء (أنه ابنه)، أي: ابن الآخر، (أو لا)؛ لأن الحكم يدار على العلّة بلا تأثير للعلم وعدمه فيه [٥٢٨/أ]، وقد وجدت العلّة ههنا وهو شراء القريب.. فيترتب عليها الحكم وهو سقوط الضمان، وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وروى الحسن عنه أنه إذا كان عالماً بأنه ابنه.. لا ضمان له، وإلّا.. فله ضمان على الأب.

(وقالا: يضمن الأب)، أي: نصف قيمته؛ سواء كانا مالكين بالشّراء، أو الصدقة، أو الهبة، أو الوصّية على ما صرح به في «الزيلعي» وشرح «المجمع».

(إن كان) الأب (موسراً، وعند إعساره: يسعى الابن) في نصيبه؛ لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق؛ لأن شراء القريب إعتاق اختياري؛ لترتّبه على الشراء الاختياري حتى يخرج به عن عهدة الكفارة، إذا نوى بالشّراء عتقه عنها، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيّين فأعتق أحدهما نصيبه.. يضمن شريكه؛ لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته باختياره. ولأبي حنيفة: أن الشّريك رضي بإفساد نصيبه، بدليل: أن شاركه فيما هو علة العتق، أعني: الشراء الاختياري والمشاركة في العلة رضى للحكم، ومن رضي بذلك.. لا يضمّن المفسد؛ كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً.

فإن قيل: لا نسلم أن الرضاء بالعلّة علّة لسقوط الضمان؛ فإن أحد الشريكين لو استولد الجارية المشتركة بإذن صاحبه.. لم يسقط عنه الضمان، مع أنّه قد رضي بالعلّة.

وَكَذَا الحكمُ وَالْخلافُ لَو عَلَّقَ عتقَ عبدٍ بشرَاءِ بعضِهِ ثمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ آخرَ أَو اشْترى نصفَ ابْنِهِ مِمَّن يملكُ كُلَّهُ.

أجيب عنه: بأن هذا ضمان تملك؛ لأن الاستيلاد موضوع لطلب الولد، وهو يستدعي التملك لا للعتق، حتى يكون الضمان اللازم به ضمان إفساد، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ضمان إفساد، حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضاء.

وقال في «فتح القدير»: إن كون ما نحن فيه - أي: ضمان الإعتاق - ضمان إفساد هو ظاهر الرواية عن علمائنا، ويختلف باليسار والإعسار: بالنص، بخلاف القياس.

ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالبنوة وعدمها.

وروي عن أبي يوسف: أنه ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار.

وروي الحسن عن أبي حنيفة: أنه فصل بين كون الشريك عالماً بالبنوّة.. فلا يضمن الأب، أو غير عالم بها.. فيضمنه؛ لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً.

وفي ظاهر الرواية: لا فرق بينهما؛ لأن المسقط لحقّه في التّضمين: مباشرته، ليس إسقاطه، فلا يختلف بعلمه وجهله؛ كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله.. فإنه يسقط تضمينه الغاصب؛ وكما إذا قال لغيره: كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر، ولا يعلم الآمر به حاله.. فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم.

(وكذا الحكم والخلاف لو علّق عتق عبد بشراء بعضه، ثم اشتراه مع آخر، أو اشترى نصف ابنه ممن يملك كلّه)، يعني: يعتق حظّ الحالف والأب، ولا ضمان عليهما عند أبي حنيفة، وعندهما يضمنان إن كانا موسرين، وإلا.. يسعى.

وإنما قيّد بشراء بعضه؛ لأنه لو علّق عتقه بشراء كلّه، ثم اشتراه [٥٢٨/ب] مع الآخر بالاشتراك.. لا يعتق عليه؛ لعدم وجود الشّرط، وهو شراء الكلّ؛ لأنه إنما شرى بعضه.

وَلَو اشْترى الْأَجْنَبِيّ نصفَهُ ثمَّ الْأَبُ بَاقِيهِ مُوسِراً.. ضَمِنَ الشَّرِيكُ أَوِ استسعى، وَقَالا: يضمنُ فَقَط.

وَلَو ملكاه بالإِرثِ.. فَلَا ضَمَانَ إِجْمَاعاً.

عبدٌ لموسرِينَ دبَّرهُ أحدُهم وَأَعْتَقَهُ آخرُ.. ....

وإنما قيّد بقوله: «ممّن يملك كلّه»؛ لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه.. يضمن للساكت بالإجماع على ما في «العناية».

(**ولو اشترى الأجنبي نصفه، ثم الأب باقيه موسراً.. ضمّن**) - من التضمين - (**الشريكُ**) الأب؛ لأنه ما رضي بإفساد نصيبه؛ لعدم مشاركته في العلة وهو الشراء.

(**أو استسعى**) الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده.

(**وقالا: يضمن فقط**)؛ لأن يسار المعتق يمنع السّعاية عندهما على ما مر.

(**ولو ملكاه بالإرث**)؛ بأن اشترت المرأة ابن زوجها فماتت المرأة.. صار الغلام بين زوجها وأبيها (.. **فلا ضمان إجماعاً**)؛ لعدم التّعدي منه أصلاً، وإنما قيد ههنا الملك بالإرث؛ لأن الخلاف السّابق بينه وبين صاحبيه جار فيما ملكاه بالشراء والصدقة والهبة والوصية والإمهار كلها.

وإنما الإجماع فيما ملكاه بالإرث فقط على ما صرّحوا به.

فإن قيل: إن لزوم الضمان على الأب على قولهما ظاهر في الشراء بناء على ما ذكرناه من وجههما من أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق الاختياري.

وأما في الصدقة والهبة والوصية.. ففيه خفاء.

أجيب عنه: بأن قبول أحدهما الصدقة والهبة والوصية وإن لم يكن شرطاً لصحة قبول الآخر، لكنه إذا وجد القبول منهما.. صار قبولهما بمنزلة شيء واحد، فصار المجموع علّة واحدة؛ كالقراءة في الصّلاة؛ فإن الفرض فيها قدر آية، ثم إذا زاد عليها.. صار الكل فرضاً؛ فإذا صار المجموع علّة وقد باشرها.. فيضمن، كذا في «الزيلعي».

ضمَّنَ السَّاكِتُ مدبِّرَهُ، وَالْمُدبِّرُ مُعْتِقَهُ. ثُلُثَهُ مُدبَّراً لا مَا ضُمِّنَ.

وَالْوَلَاءُ ثُلُثَاهُ للمدبِّرِ، وَثلثُهُ للْمُعْتِقِ.

(**عبد لموسرِين**) على صيغة الجمع (**دبّره أحدهم وأعتقه آخر**) وسكت الثالث.

(**ضمن الساكت**) - ثلث قيمة العبد قنّاً - (**مدبّره**)، ولا يجوز تضمينه معتقه؛ لأن ضمان المدبّر ضمان معاوضة؛ لأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير، والمدبر كان قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير؛ لكونه قنّاً في ذلك الوقت فكان ضمانه مقابلاً بذلك، فانعقد سبب الضمان موجباً لملك المضمون، وذلك هو ضمان المعاوضة.

بخلاف ضمان المعتق؛ فإنه ضمان جناية؛ لأنه ضمن ما أتلفه بالإعتاق، وما أتلفه كان بعد التّدبير، وذلك غير قابل للنقل وقت الإعتاق؛ لأنه مدبر عند ذلك.. فكان ضمانه ضماناً من غير تملك المضمون، وذلك هو ضمان الجناية.

والأصل في الضمانات: هو ضمان المعاوضة لا الجناية، فلا يعدل عن الأصل إلى غيره إلا عند العجز، ولا عجز ههنا؛ لحصول المقصود بالتضمين للمدبّر.

(**والمدبر**) يضمن (**معتقه ثلثه مدبّراً**)؛ لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً، والضمان يتقدر بقيمة المتلف، وقيمة المدبّر ثلثا قيمته قناً.

(**لا ما ضمن**) للسّاكت، يعني: أن المدبّر لما أدّى ضمان [٥٢٩/أ] نصيب السّاكت وهو ثلث قيمته قنّا.. ملك المدبّر نصيب السّاكت واجتمع في ملكه ثلثا العبد.. فله أن يضمن المعتق قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مدبّراً لما ذكرناه، وليس له أن يضمن قيمة الثلث الذي يملكه على الساكت بالضمان؛ لأنه ملكه مضموناً، والمملوك مضموناً مملوك بطريق الاستناد، والمستندات ثابتة من وجه دون وجه، فلا يظهر في حق التضمين؛ ولأنه قام مقام الساكت بتضمين نصيبه وانتقاله إليه بالضمان، والساكت لا يملك تضمين المعتق.. فكذلك من قام مقامه.

(**والولاء ثلثاه للمدبر، وثلثه للمعتق**) لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار؛ لأن المدبّر أعتق ثلثاه والمعتق ثلثه على ما مر، كذا في «الهداية».

وَقَالا: ضَمِنَ مُدبِّرُهُ لشريكَيهِ وَلَو مُعسراً، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لَهُ، ....

وقال في «النهاية» و«العناية»: المراد أن الولاء ثلثاه لعصبة المدبر وثلثه للمعتق نفسه؛ لأن العبد إنما يعتق بعد موت المدبر، وغلّطه ابن الهمام: بأن العتق المنجز يوجب إلى الحرية في حياته تنجيز أحد الأمور الثلاثة من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق، حتى منع استخدام المدبّر إيّاه من حين وجوده؛ كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودّبره الآخر.. فإنه لا يتأخّر حرية باقيه إلى موته ، بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز، بل تدبير من أحدهما، ثم كاتبه الآخر، أو قلبه، أو كان مكاتباً لشريكين فدبره أحدهما.. تقيد في نصيبه، وبقي نصيب الآخر مكاتباً من غير ضمان، ولا سعاية عند أبي حنيفة؛ لأن نصيب الآخر على حاله عنده. انتهى.

أقول: ومما يدلّ على أن ثبوت الولاء للمدبر لا يتوقف على موته: أنه لو ارتد المدبر والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وحكم بلحوقه ويعتق مدبّريه، ثم خرج إلينا مسلماً.. فإنه يثبت له ولاء مدبريه قبل موته.

فإن قيل: قد تقرر أن أداء الضمان علّة لثبوت ملك نصيب الآخر.. فينبغي أن يكون للمعتق ثلثا الولاء؛ كالمدبّر؛ لأنه ضمن المدبر ثلث قيمته مدبّراً.

أجيب: بأنه قد تقرّر أيضاً أن ضمان المعتق.. ضمان جناية وإتلاف، فلا يوجب تملك المضمون، بخلاف ضمان المدبر؛ فإنه ضمان معاوضة فيوجب تملك المضمون، فكان قد تملك الثلثين وأعتقه.

(وقالا: ضمن مدبّره لشريكيه)، أي: ثلثا قيمته **(ولو)** - وصلية - **(معسراً، والولاء كلّه له)**.

وأصل هذا الخلاف: أن التّدبير يتجزأ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ كالإعتاق؛ لأنه شعبة من شعب العتق؛ إذ هو عتق مضاف، فيكون معتبراً به، ولما كان التدبير متجزئاً عنده.. اقتصر على نصيبه، وقد أفسد بتدبيره نصيب الآخرين، حيث امتنع على كل منهما البيع والهبة والوصّية والصّدقة والإمهار.

فيثبت لكلّ منهما خمس خيارات: أن يدبّر نصيبه.

أو يعتق.

أو يكاتب.

أو يضمن المدبّر.

أو يستسعي العبد.

أو يتركه على حاله؛ لأن نصيبه باق على ملكه فاسداً بإفساد شريكه، حيث سدّ عليه طرق التّصرف بما ذكرناه.

فإذا اختار أحدهما العتق.. تعيّن حقه فيه [٥٢٩/ب] وسقط اختياره غيره، فتوجه للسّاكت سببا ضمان.

أحدهما: تدبير المدبّر الذي أفسد عليه ما أفسد.

والآخر: عتق هذا العتق؛ فإنه غيّر نصيب المدبّر والسّاكت، حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التّدبير، وبطل ذلك بعتق هذا المعتق، حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية، أو التضمين.

غير أن السّاكت له أن يضمن المدبر لا المعتق؛ ليكون الضمان ضمان معاوضة؛ إذ هو الأصل في الضمان؛ لأنه به يعتدل جانب الضمان والمضمون له؛ فإنه لما ملك المضمون له بدل ملكه.. وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه - وهو الضامن - ما دفع بدله، فحيث أمكن هذا.. لا يعدل عنه، ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا، لا ضمان إتلاف على ما هو كذلك عند الشافعي.

فإذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة.. ففي العتق والتّدبير ونحوه أولى.

بدليل: أنه لو غصب عبداً فأبق وقضي على الغاصب بقيمته ثم عاد.. فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة الّتي أدّاها.

وَقِيمَةُ الْمُدبَّرِ: ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا.

والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة.

وكذا لو غصب مدبّراً فاكتسب عنده أكساباً، ثم أبق ولم يرجع حتى مات.. كانت الأكساب للغاصب؛ لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن.. وجب هنا؛ لأنه ممكن؛ لكون نصيب الساكت قابلاً للنقل من ملك إلى ملك في المضمون وقت التدبير.

ولا يمكن ذلك في الإعتاق؛ لأنه عند الإعتاق مدبّر، فلا يقبل النقل، فلهذا يضمن للمدبّر ثلث قيمته قنّاً لا للمعتق.

ثم للمدبّر أن يضمن المعتق قيمةَ مدبر، وقيمة المدبر: ثلثا قيمته قناً، فيكون ثلثا الولاء له عنده على ما ذكرناه آنفاً، ولما كان غير متجزىء عندهما.. صار كله مدبراً للمدبر، وقد أفسد نصيب شريكه قيمته، ولا يختلف باليسار والإعسار؛ لأنه ضمان تملك ومعاوضة على ما ترى، لا ضمان جناية؛ مثل ضمان العتق، فيكون الولاء كلّه له عندهما.

هذا، ولما كان للمدبّر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبّراً.. لزم قيمة المدبر.

فقال: (**وقيمة المدبر: ثلثا قيمته قناً**)، فلو كانت قيمته قناً سبعة وعشرين ديناراً.. ضمن له ستة دنانير؛ لأن ثلثيها - وهي قيمة المدبّر - ثمانية عشر، وثلثها - وهو المضمون - ستة، وهذا ما ذكره أكثر مشايخنا.

واختاره صاحب «الهداية».

وقيل: قيمة المدبر قيمته قنّاً.

وفي «فتح القدير»: وهو غير سديد؛ لأن القيمة تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة.

وقيل: نصف قيمته قناً؛ لأنه ينتفع بالمملوك بعينه وببدله وفات الثاني دون الأول.

وَلَو قَالَ لشَرِيكِهِ: هِيَ أُمُّ ولدِكَ وَأنكرَ.. تخدِمُهُ يَوْماً وَتُوقَفُ يَوْماً.

وَقَالا: للْمُنكِرِ أَن يستسعيَها فِي حَظِّهِ إِن شَاءَ، ثُمَّ تكونُ حرَّةً.

وقيل: قيمته قيمة الخدمة، ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن.

والأصح: ما ذكره أكثر مشايخنا على ما في «العناية» وعليه «الفتوى» على ما في «فتح القدير».

وعلّلوه: بأنّ منفعة الوطء والسعاية باقية، ومنفعة البيع زائلة [٥٣٠/أ] والمنفعة بهذه الثلاثة.

إلا أن هذا التعليل قاصر؛ لأنه يخصّ المدبّرة، ولا يتمشى في المدبّر، ولهذا اختار بعض مشايخنا أنه يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوّزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم تبلغ؟

فما ذكر.. فهو قيمته.

وفي «فتح القدير»: وهذا أحسن عندي.

(**ولو قال لشريكه: هي أم ولدك وأنكر**) الشريك (.. **تخدمه**)، أي: تخدم الجارية للشريك المنكر (**يوماً وتوقف يوماً**)، أي: لا تخدم أحداً يوماً عند أبي حنيفة.

(**وقالا: للمنكر أن يستسعيها في حظّه**)، أي: نصف قيمتها (**إن شاء، ثم تكون حرة**)؛ لأنه لمّا لم يصدّقه صاحبه.. انقلب إقرار المقر عليه؛ كأنه استولدها.. فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع.. يجعل كأن المشتري أعتقه، فكذا هذا، فتمتنع الخدمة للمنكر؛ لأن المقر قد صار بإقراره كالمستولد لها.

ولا يمكن للمنكر تضمين المقر؛ لأنه ما أقرّ على نفسه بالاستيلاد حتى لزمه التضمين، فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبساً عند الجارية.. فلزمها الخروج إلى الحرية بالسعاية؛ كأمّ ولد النّصراني، إذا أسلمت.. تخرج إلى العتق بالسّعاية؛ لتعذّر إيفائها في يد المولى.

وَمَا لأُمِّ ولدٍ تَقَوُّمٌ، فَلَا يضمنُ مُوسِرٌ أَعتقَ نصِيبَهُ مِنْهَا، وَعِنْدَهُمَا: هِيَ مُتَقَوَّمَةٌ ....

ولأبي حنيفة: أنّ المقر إمّا صادق في إقراره، أو كاذب فيه.

فإن كان الأول.. كانت الخدمة كلّها للمنكر.

وإن كان الثاني.. كان له نصف الخدمة؛ فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف، ولا خدمة للمقرّ، ولا استسعاء؛ لأنه يتبرأ عن جميع ذلك.

أما عن الخدمة.. فبدعوى الاستيلاد.

وأما عن الاستسعاء.. فبدعوى الضمان.

والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب من المقر له، وإقرار النسب أمر لازم لا يرتد بالردّ.. فلا يمكن أن يجعل كالمستولد على ما قالاه.. هذا، واعلم: أن المصنف ضم قول أبي يوسف مع محمّد؛ حيث قال وقالا، وهكذا في «الهداية» و «العناية»، وضمه في «فتح القدير» مع أبي حنيفة، وأفرد قول محمّد بالذكر، ثم قال إن ضم أبي يوسف مع محمّد.. قول مرجوع عنه لأبي يوسف، ولا ينبغي مثله أن يفعل، إلا أن يقرن بالبيان، فيقال: «في قوله الأول مثلاً»، وإلّا.. أوهم أن ينسب إليه الآن ما ليس هو قائلاً به. انتهى.

فعلى هذا: الأولى أن يضم قول أبي يوسف مع أبي حنيفة.

(**وما**) - نافية - أي: ليس (**لأمّ ولد تقوُّم**) عند أبي حنيفة؛ لأن التقوم بالإحراز للتموّل، وهي محرزة للنسب قصداً لا للتمول، وإنما التمول تابع له، حتى لا تسعى لغريم، ولا لوارث.

(**فلا يضمن موسر أعتق نصيبه منها**)؛ لأن مبنى الضمان على المالية، ولا مالية عنده.

(**وعندهما: هي متقومة**)؛ لأنها منتفع بها كسباً، ووطئاً، وإجارةً واستخداماً بالاتفاق، وكلّ ما كان كذلك.. فهو متقوم، وبامتناع بيعها.. لا يسقط تقومها كما في

فَيضمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ مِنْهَا.

المدبر؛ فإنه متقوم مع امتناع بيعه، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت.. فعليها السعاية، ولولا تقومها.. لم يكن كذلك؟ إلا أن قيمتها ثلث قيمتها قنة؛ لفوات منفعة البيع، والسعاية بعد الموت، بخلاف المدبر [٥٣٠/ب]؛ لأن الفائت فيه منفعة البيع فقط.

أما السعاية والاستخدام.. فباقيان، (**فيضمن حصّة شريكه منها**)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

والجواب: أنها لما لم تكن متقومة؛ لعدم الإحراز للتمول.. لم تكن مضمونة أصلاً.

والقياس على المدبر: فاسد؛ لأن المدبر محرز للتمول حتى يتعلّق به حق الغرماء.

وأمّ ولد النّصراني ليست متقومة، وإلزام السّعاية فيها ليس لتقومّها، بل للضرورة؛ إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له، ولا إخراجها عن ملكه مجاناً؛ لأن ملكه صحيح.. فأنزلت مكاتبته عليه على قيمتها.

فإن قيل: إنّ بدل الكتابة يقتضي التقوم.

قلنا: لا يفتقر بدل الكتابة على التقوم؛ لأنه في أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فكّ الحجر، ولو سلّم.. فالأمور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلّها من تلك الضرورة.

أو نقول: هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها، والحكم المتعلق بها.. يبتنى على اعتقاده؛ كما في مالية الخمر، وإنّ ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها.. كان مضموناً عليها وإن لم تكن متقومة.

واعلم: أن الأصل المذكور؛ أعني: تقوم أمّ الولد عنده، وعدم تقوّمها عندهما.. يبتنى عليه عدة من المسائل:

أحدها: ما ذكره المصنف، أعني: إن كانت جارية بينهما وولدت ولداً فادعياه فأعتق أحدهما نصيبه منها وهو موسر.. لا يضمن عنده؛ لعدم تقومها، وعندهما: يضمن نصف قيمتها؛ لتقومها عندهما.

والثانية: أمّ الولد إذا ولدت ولداً وهي بين اثنين فادّعاه أحدهما.. يثبت نسبه منه وعتق، ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده.

وعندهما: يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسراً، وإن كان معسراً.. استسعى الولد في النصف.

ومنها: أمّ الولد المشتركة بين اثنين، إذا مات أحدهما.. لا تسعى للآخر عنده، وتسعى عندهما في نصف قيمتها.

ومنها: لو غصب أمّ الولد غاصب، فماتت في يده.. لا يضمنها عنده، ويضمن عندهما.

وذكر في «فتح القدير»: عن «الرّقيات»: يضمنها عنده أيضاً بالغصب؛ كما يضمن عنده الصبي الحرّ بالوضع في مسبعة فافترسه السبع؛ لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب؛ كما لو قتلها؛ حيث يضمن بالاتفاق.

ومنها: أنه لو باعها وسلّمها فماتت في يد المشتري.. لا يضمن عنده، ويضمن عندهما.

ومنها: أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، ثم ماتت الأم عند المشتري، فادّعى البائع الولد.. صح، وعليه أن يرّد جميع الثمن عنده، وعندهما يحبس ما يخصّ الأم من الثمن ويرد حصّة الولد، كذا في «غاية البيان» و«فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْعِتْقِ الْمُبْهَمِ)

رجلٌ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعبُدٍ قَالَ لاثْنَيْنِ عِنْده: أَحَدكُمَا حرٌّ، فَخرجَ أَحدُهمَا وَدخلَ الآخرُ، فَأَعَادَ القَوْلَ، ثمَّ مَاتَ مِن غيرِ بَيَانٍ.. عتقَ ثَلَاثَةُ أَربَاعِ الثَّابِتِ، وَنصفُ الْخَارِجِ، وَكَذَا نصفُ الدَّاخِلِ.

(بَابُ العِتْقِ المُبْهَم)

وهو أيضاً من عتق البعض، إلا أن الأول في بعض الواحد، وهذا في بعض المتعدد، فنزل الأول من هذا منزلة الجزء من الكلّ؛ لأن الأوّل في عتق بعض ما هو بعض لهذا، وهو الواحد.. فقدم عليه.

(**رجل له ثلاثة أعبد قال لاثنين**) اللذين كانا (**عنده: أحدكما حرّ فخرج أحدهما ودخل الآخر، فأعاد القول**) [٥٣١/آ]، وقال: أحدكما حر، فهذه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبّين العتق قبل الموت.

والثاني: أن يموت العبد قبل البيان.

والثالث: أن يموت المولى قبل بيانه، وهي مسألة الكتاب على ما أشار إليه بقوله: (**ثم مات**)، أي: المولى (**من غير بيان.. عتق ثلاثة أرباع الثّابت**)، وهو الذي أعيد عليه الكلام، (**ونصف الخارج**)، هذا: والأوّل بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما صرّح به في «فتح القدير» وغيره.

(**وكذا نصف الداخل**)، أي: عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

فإن قيل: قد تقدم أن العتق لا يتجزأ عند صاحبيه، فكيف يصحّ القول منهما بعتق ثلاثة الأرباع من الثابت في الأول، ونصف الخارج في الثاني منهما، ونصف الداخل في الثالث عن أبي يوسف؟!

أجيب: بأن عدم التجزؤ إذا كان المحلّ معلوماً.. ممكن، وأما إذا كان مبهماً.. فليس بممكن، بل التجزؤ والانقسام ضروريّ.

وردّ بأنا لا نسلم ضرورة الانقسام؛ لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: ربعُهُ.

ذكر من ثلاثة الأرباع والنّصف.. لا يستقرّ في الرق، بل يسعى في باقيه حتّى يخلص كلّه حرّاً، فيمكن أن يقول: يعتق جميع كل واحد عندهما، ويسعى في ذلك القدر فيتّحد الحاصل على قولهما وعلى قول أبي حنيفة، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده، وعندهم يسعون وهم أحرار.

إذ الحاصل: أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد منهم مجّاناً لا أن يعتق بعض من كل واحد منهم فقط، ثم يتأخر عتق الباقي إلى أداء السعاية.. فلا يلزمهما مخالفة أصلهما.

ودفع هذا: بأنه لو عتق الكلّ عن كل واحد منهم ابتداءً، ثم يسعى وهو حرّ.. لزم أن يكون موجب قول المولى: «أحدكما حرّ».. إعتاق الاثنين، وهو باطل، بل لفظة «أحدكما» لا تؤدي معنى «كلاكما».

(**وقال محمد: ربعه**)، أي: ربع الدّاخل.

بيانها: **أما الخارج**: فلأن الإيجاب الأول أوجب عتق رقبة، وهو دائر بين الثابت والخارج، فليس أحدهما أولى به من الآخر.. فيتنصّف بينهما، والإيجاب الثاني كذلك، وهو دائر بين الثابت والداخل.. فيتنصّف بينهما أيضاً لعدم الأولوية، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الأول نصفه، فكان ما أصابه بالإيجاب الثاني من النصف شائعاً في نصفه، فما أصاب المستحق بالإيجاب الأوّل.. صار لغواً، وما أصاب الفارغ.. ثبت، فحصل له الربع، فتم له ثلاثة الأرباع؛ ولأنه لو أُريد بالإيجاب الثاني الثابت.. يعتق نصفه الباقي، ولو أريد به الداخل.. لا يعتق هذا النصف الباقي، فيتنصّف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأوّل.

وأما الداخل: فمحمّد يقول: لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع.. فكذلك نصيب الداخل، وهما يقولان: إنه دائر بينهما فيتنصّف بينهما؛ لعدم الأولوية، وإنما نزل [٥٣١/ب] الثابت إلى الربع؛ لاستحقاقه بالإيجاب الأوّل على ما ذكرناه، ولا استحقاق للداخل من قبل.. فثبت فيه النصف.

وَلَو قَالَ فِي مَرضِهِ وَلم يُجزِ الْوَارِثُ. جُعِلَ كلُّ عبدٍ سَبْعَةً؛ كسهامِ الْعتْقِ،

هذا، **وأما الوجه الأول**: وهو أن يبين قبل موته؛ فإذا بيّن العتق بالإيجاب الأوّل في الثابت.. عتق الثابت وبطل الإيجاب الثاني؛ لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد، وقال: أحدكما حرّ إنشاء في المبهم الدائر بينهما، ولا يمكن ذلك، إلا إذا كان كل منهما محلّاً لحكمه، والحر ليس بمحلّ له.. فبطل إنشائيته، وصار خبراً بأن أحدهما حرّ وهو الثابت، فلا يقيد في الداخل عتقاً، وإن بيّن بالإيجاب الأول في الخارج.. عتق الخارج ويؤمر ببيان الإيجاب الثاني، ويعتق به من عينه، وإن بدأ بالإيجاب الثاني، وقال: عنيت بالكلام الداخل.. عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأوّل، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الثابت.. عتق الثابت به وتعيّن الخارج للكلام الأوّل فيعتق به، ولا يبطل؛ لأن وجوده كانا رقيقين.

وأما الوجه الثاني: وهو أن يموت أحد العبيد قبل بيان المولى.. فالموت بيان.

فإن مات الخارج.. تعيّن الثابت للعتق بالإيجاب الأول، لزوال المزاحم، وبطل الإيجاب الثاني لما مر من أنه جمع بين حرّ وعبد.

وإن مات الثابت.. تعيّن الخارجُ بالإيجاب الأول، والداخلُ بالإيجاب الثاني؛ لأن الثابت هو المزاحم لها ولم يبق.

وإن مات الداخل.. أمر ببيان الأوّل؛ فإن عيّن به الخارج.. عتق والثابت أيضاً بالإيجاب الثاني، وإن عيّن به الثابت.. بطل الإيجاب الثاني لما مرّ، كذا في «فتح القدير».

(**ولو قال**) هذا القول (**في مرضه**) الذي مات منه (**ولم يجز الوارث**)؛ لأنه لو أجاز.. فالجواب كما إذا كان في الصحة.. يعتق من كل واحد ما عتق، ويسعى في الباقي، وكذا الجواب إذا لم يجز الوارث، ولكنهم يخرجون من ثلث المال.. فمسألة الكتاب فيما إذا لم يجز الورثة ولم يخرجوا من ثلث المال، بل كلّ ماله هو العبيد الثلاث، ولا مال له سواهم (.. **جعل كل عبد سبعة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ (**كسهام العتق**)؛ لأنا لو جمعنا سهام العتق على قولهما.. يبلغ سبعة؛ لأنا نجعل كل

وَعَتَقَ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وسعى فِي أَرْبَعَةٍ، وَمِن كلٍّ مِنَ الأخيرينِ: اثْنَانِ وسعى كلٌّ مِنْهُمَا فِي خَمْسَةٍ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يَجْعَل كلَّ عبدٍ سِتَّةً؛ كسهامِ الْعتْقِ عِنْدَهُ، ويَعتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وَيسْعَى فِي ثَلَاثَةٍ، وَمِنَ الْخَارِجِ اثْنَانِ وَيسْعَى فِي أَرْبَعَةٍ، وَمنَ الدَّاخِلِ وَاحِدٌ وَيسْعَى فِي خَمْسَةٍ.

رقبة أربعة ليخرج ثلاثة الأرباع من الثابت وربعان من كلّ من الداخل والخارج.. فصار مجموع الأرباع سبعة وهو سهام عتقهم على قولهما.

والعتق في مرض الموت: وصية، ومحلّ نفاذ الوصية: هو الثلث، والفرض أنه لا مال له سواهم.. فلا بدّ أن يجعل سهام الورثة ضعف سهام الوصية، أعني: الثلثين، فيجعل كلّ رقبة على سبعة أسهم ليخرج سهام العتق من الثلث، فجميع المال بلغ إحدى وعشرين.

(**وعتق من الثابت ثلاثة**) أسهم من سبعة أسهم (**وسعى في أربعة**)، عتق (**من كلّ من الأخيرين**)، أي: الداخل والخارج (**اثنان**) من سبعة (**وسعى كل منهما في خمسة**)، هذا عندهما.

(**وعند محمّد: يجعل كلّ عبد ستة كسهام العتق** [٥٣٢/أ] **عنده**)؛ لأنه يعتق من الثابت ثلاثة أرباع، ومن الخارج ربعان، ومن الداخل ربع.. فالمجموع ستة وهو سهام عتقهم عنده؛ فإذا كان الثلاث ستة.. كان جميع المال ثمانية عشر.

(**ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة، ومن الخارج: اثنان ويسعى في أربعة، ومن الداخل واحد ويسعى في خمسة**) فكان نصيب السّعاية وهو نصيب الورثة: اثني عشر عنده.

وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف: فكان نصيب السعاية أربعة عشر على ما مرّ آنفاً.

وَلَو طلَّقَ كَذَلِكَ قبلَ الدُّخولِ ....

فإن قيل: ينبغي أن يعتقوا بلا لزوم سعاية عليهم أصلاً، أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما.

لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما.

قلنا: إن الإعتاق إنّما لا يتجزأ عندهما إذا صادف محلاً معلوماً، وأما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام.. فلا؛ لأن ثبوته حنيئذٍ بطريق الضرورة، وقد ذكرناه من قبل بحيث لا مزيد عليه.

(**ولو طلق كذلك قبل الدخول**)، وذلك بأن كان له ثلاث نسوة ولم يدخل بواحدة منهن، فدخلت عليه اثنتان منهن، فقال: إحداكما طالق، ثم خرجت إحداهما ودخلت الثالثة، فقال: إحداكما طالق، فهو على ثلاثة أوجه؛ كما مر في مسألة العتق:

أحدها: أن يكون الزوج حيّاً والنسوة أحياء.. فحينئذٍ يؤمر الزوج بالبيان ولكل من النسوة المخاصمة؛ فإن بيّن الطّلاق الأول في الخارجة.. صح، وعليه بيان الطّلاق الثاني، وله الخيار في تعيين الثانية، أو الداخلة بالثاني، وإن بينه في الثانية لغى الكلام الثاني؛ لأنه جمع بين أجنبية ومنكوحة؛ لأنه لا عدة عليها في هذا الطّلاق؛ لكونه قبل الدّخول، فتكون أجنبية حين وقع.

وإن بيّن الطلاق الثاني في الداخلة.. كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الأول.

وإن بيّنه في الثابتة.. طلقت، وطلقت الخارجة أيضاً بالأول.

وثانيها: أن تموت إحدى النسوة قبل بيان الزوج وهو حيّ.. فحينئذٍ يكون الموت بياناً؛ **فإن** ماتت الثابتة.. طلقت الخارجة بالأوّل والداخلة بالثاني؛ لأن الثابتة: هي المزاحمة لها، وقد زالت كما مر في العتاق، ولكل واحدة منهما على الزوج ثلاثة أرباع المهر.

وإن ماتت الداخلة.. كان عليه بيان الكلام الأول؛ فإن بيّنه في الخارجة.. طلقت

وَمَاتَ بِلَا بَيَانٍ.. سقطَ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ مَهرِ الثَّابِتَةِ، وَربعُ مهرِ الْخَارِجَةِ، وَثُمُنُ مهرِ الدَّاخِلَةِ بِالِاتِّفَاقِ، هُوَ الْمُخْتَارُ.

الثابتة أيضاً بالكلام الثاني؛ لزوال المزاحم بالموت وهي الداخلة وإن بينه في الثابتة.. لم تطلق الخارجة.

وإن ماتت الخارجة.. طلقت الثابتة دون الداخلة؛ لأن الثابتة تعينت بالطلاق الأوّل لزوال المزاحم وهي الخارجة، وبطل الطلاق الثاني؛ لأنه جمع بين أجنبية ومنكوحة.

وثالثها: وهو أن يموت الزوج قبل البيان، وإلى حكم هذا القسم أشار بقوله: (**ومات بلا بيان.. سقط ثلاثة أثمان مهر الثابتة**) ووجب لها على الزوج خمسة أثمان؛ كما عتق من العبد الثابت ثلاثة أرباعه على ما مرّ.

(**وربع مهر** [٥٣٢/ب] **الخارجة**) ووجب لها ثلاثة أرباعه.

(**وثمن مهر الداخلة**) ووجب لها سبعة أثمانه (**بالاتفاق، وهو المختار**).

وأعلم: أنّ هذه المسألة من مسائل «الزيادات»، احتج بها محمّد على أبي حنيفة وأبي يوسف بطريق المناقضة: بأنّ ربع مهر الخارجة إنما سقط في هذه المسألة، لما وقع بينها وبين الثابتة من طلاق قبل الدخول؛ فإن الطلاق قبل الدّخول يوجب سقوط نصف المهر.. فوزع ذلك النصف السّاقط بينهما؛ لعدم أولوية إحداهما بسقوطه من الأخرى، فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع المهر بالطلاق الأوّل على ما هو مقتضى تقسيم النصف بين الاثنين، والطلاق الثاني صحيح يوجب **سقوطه في حال:** وهو أن يراد بالكلام الأوّل: الخارجة، **ولا يوجب سقوطه في حال:** وهو أن يراد به الثابتة؛ لأنه حينئذ يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة؛ لأنه لا عدة في الطلاق قبل الدخول.. فيتنصف ذلك النصف عملاً بالدّليلين، ويثبت به سقوط الربع موزّعاً بينهما، فيسقط به ثمن مهر الداخلة، ومثله من مهمل الثابتة، فيضم هذا الثمن إلى ما سقط مع الأول.. فيتم لها ثلاثة أثمانه؛ فإذا ثبت.. سقط ثمن مهر الداخلة في هذه المسألة - لزم مثله في مسألة العتق أيضا فيعتق ربع الداخل -

لأن الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع؛ لأن الساقط به نصف المهر، والثمن هو ربع النصف، فيكف يصّح القول بإعتاق نصف الداخل على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف؟!

فلا بد من الفرق بين المسألتين، ومن هنا اختلف المشايخ:

فمنهم من قال: إنّ هذا قول محمد خاصّة، وأما عندهما: فيسقط ربع مهر الداخلة؛ كعتق نصف الداخل لا الثمن، فلا يتم به حجة محمّد عليهما.

ومنهم من قال: بل هو قولهما أيضاً، واختاره المصنف؛ حيث قال: وهو المختار.

فعلى هذا القول: لا بد من بيان الفرق لهما بين مسألة العتق ومسألة الطلاق، فتحقيق الفرق بينهما: أنّ الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الدّاخل، وهو ظاهر لا إشكال فيه، وكذا في حق الثاني.

أما على قول أبي حنيفة.. فظاهر؛ لأنه عتق نصفه وهو يقول يتجزؤ العتق، ومعتق البعض: كالمكاتب، والمكاتب محلّ للعتق.. فصحّ اللفظ الثاني بالنسبة إلى الثابت أيضاً من كل وجه؛ لأنه دار بين المكاتب والعبد، إلا أنه أصاب الثابت منه: الربع، والداخل: النصف على ما ذكرناه، بخلاف الطلاق؛ لأنه ليس بين كون المرأة محلاً للطلاق وغير محلّ له واسطة؛ لعدم التجزؤ فيه بالاتفاق، والطلاق المذكور: قبل الدخول.. فلا عدّة فيه، فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائراً بين كونه موجباً لسقوط النصف، وكونه غير موجب شيئاً؛ لأن المرأة الخارجة:

إن كانت هي المرادة بالطلاق الأول.. كانت الثانية منكوحة؛ فيصح الإيجاب الثاني، فيوجب سقوط النصف [٥٣٣/أ].

وإن كانت المرادة بالطّلاق الأوّل: هي الثابتة.. كانت الثابتة أجنبيّة، فيلغو الإيجاب الثاني؛ لأنه جمع بين المنكوحة وغير المنكوحة؛ فجعل الثابتة أجنبيّة من

وَالْبيعُ بَيَانٌ فِي الْعِتْقِ الْمُبْهمِ، وَكَذَا الْعَرضُ على البيعِ، ....

وجه دون وجه، فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه، فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعاً على ما مرّ آنفاً.

وأما على قول أبي يوسف وهو لا يقول يتجزؤ الإعتاق.. فلأن الثّابت دائر بين أن يكون حرّاً وبين أن يكون عبداً، فكان كالمكاتب، والمكاتب محلّ للعتق إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة.

ومن العتق المبهم: قوله لعبديه: هذا حرّا أو هذا؛ فإن «أو» لأحدهما غير عين، فيجبر على البيان اتّفاقاً، بخلاف ما لو قال: هذا حرّ، و«هذا» مشيراً إلى عبده ودابّته؛ فإن هذا الكلام لغو عند أبي يوسف ومحمد.. فلا يعتق العبد، ويجعل مجازاً عن التعيين عند أبي حنيفة، فيعتق العبد، ويلغو ذكر الدابة على ما بين في «الأصول».

ثم شرع في ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، فقال: **(والبيع بيان في العتق المبهم)**، أطلقه فشمل: البيع الصحيح والفاسد، مع القبض وبدونه على ما صرّح به في «العناية».

والذي ظهر من «فتح القدير»: اشتراط القبض في الفاسد، وشمل أيضاً: البيع المطلق عن خيار، والمقيد بشرط الخيار لأحد العاقدين.

صورته: أنه لو قال لعبديه: أحدكما حرّ، فباع أحدهما.. تعين الآخر للعتق؛ لأنه بالبيع لم يبق محلّاً للعتق من جهته، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن، وذلك ينافي العتق، وهذا لأنه تصرّف مختص بالملك، ومقتضى العتق: الخروج عن الملك، فتنافيا.

والرّهن والهبة والصّدقة والإيجار والإيصاء: في معنى البيع في الاختصاص بالملك، فيصلح بياناً للعتق المبهم.

(وكذا العرض على البيع) على ما حفظ عن أبي يوسف.

وَالْمَوْتُ، ....

روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه إذا داوى أحدهما.. كان بياناً لتعيين العتق في الآخر، وهذا لأنه يدلّ على قصده استيفاء ملكه فيما تصرّف فيه - كما في البيع - فيصح بياناً للمبهم في الآخر.

(والموت)؛ أي: موت أحد العبدين قبل بيان المعتق: بيان لتعيين العتق المبهم في الآخر الحي؛ لأنه بالموت لم يبق محلاً للعتق أصلاً.

وأورد عليه من وجهين:

أحدهما: ما لو اشترى أحد العبدين وسمّى ثمن كلّ منهما على أنه بالخيار.. يأخذ أيّهما شاء، فمات أحدهما؛ حيث يتعين للبيع الميت لا الحي، مع أنّ بالموت لم يبق محلاً للبيع كما لم يبق محلاً للعتق.

وثانيهما: ما إذا قال لأمتيه: إحدى هاتين بنتي أو أمّ ولدي، ثم ماتت إحداهما.. لا تتعين الحيّة للحرية، ولا للاستيلاد.

وأجيب: عن الأول: بالفرق؛ بأن عند إشراف إحدهما على الموت.. تعين البيع فيه لتعذّر ردّه كما قبضه؛ فإنه لا يخلو عن مقدمة تعيب؛ فإنما تعين هو للبيع حيّاً لا ميتاً، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت، فلو عتق.. كان بعد الموت، فامتنع [٥٣٣/ب]، فمات رقيقاً؛ لعدم موجب النقل، فتعين الآخر للعتق.

وعن الثاني: بأن هذا اللفظ ليس بإنشاء وإيقاع بصيغته بل هو إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحيّ، فلا يتعين أحدهما بذلك، فيرجع فيه إلى بيان المولى.

وأما فيما نحن فيه: فإنما يتعين الحي للحرية بموت الآخر؛ لأن البيان قائم ههنا بوصفيه: وصف كونه إنشاء، ووصف كونه إظهاراً وقد تقرر: أنّ البيان لا يصح إلّا في محلّ يحتمل الإنشاء، والميت لا يحتمل الإنشاء، فتعين الحي للعتق ضرورة.

وإنما قلنا: «إن البيان قائم بوصفيه»؛ لأن قوله: أحدكما حرّ.. لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه، حتّى قيل فيه: العتق غير ثابت، فبالنظر إلى هذا.. يكون البيان

والتحريرُ، وَالتَّدْبِيرُ، وَالِاسْتِيلَاد، وَالْهِبَةُ وَالصَّدقَةُ مسلَّمَتَينِ.

إنشاء، ومن حيث إن العتق لا يتجاوزهما.. كان البيان إظهاراً. كذا في «العناية». وسنزيد عليه إنشاء الله تعالى.

(والتحرير)؛ أي: بالتحرير المعين بعد العتق المبهم، وذلك بأن يقول: «اخترت أن يكون هذا حرّاً» بذلك اللفظ الذي قلته، أو يقول: «أنت حر بذلك العتق، أو أعتقتك بذلك العتق، أو بالعتق الأوّل» فتعيّن، هو، ولا يعتق الآخر.

وأما إذا اقتصر على قوله أنت حرّ، ثم قال أردت به ذلك العتق الأول.. فإنه يصدق قضاء، فلا يعتق الآخر.

ولو لم يقل شيئاً.. عتق هو والآخر معاً؛ لأن هذا عتق آخر؛ فكان كالموت، فتعين الآخر للعتق بالإعتاق الأول. كذا في «فتح القدير».

(والتدبير) بأن قال لأحدهما: أنت حر بعد موتي بعد العتق الأول، وهذا لأن بالتحرير والتدبير لم يبق محلّاً للعتق من كل وجه، فتعين الآخر للعتق الأول.

(والاستيلاد)؛ أي: وطئ إحداهما: فعلقت منه؛ لأنها صارت أمّ ولد له.. فتعّينت الأخرى للعتق؛ لأنها لم تبق محلّة للعتق الأول من كلّ وجه كالمدّبر، ولأنه قصد إبقاءها للانتفاع بها إلى الموت، وذلك ينافي العتق الخالي.

وإنما قلنا: «فعلقت»؛ لأن الوطء غير المعلق ليس ببيان عند أبي حنيفة على ما سيأتي ذكره.

(والهبة والصدقة مسلّمتين)، واشتراط التسليم فيهما اختيار صاحب «الهداية».

وقال في «الكافي»: التسليم ليس بشرط؛ لأن الإقدام عليها دليل على إبقائه في ملكه؛ لأن هذا تصرف لا يصح إلّا في الملك، فلا يتوقف دلالته على القبض والتسليم.

وفي «فتح القدير»: قالوا: ذكر القبض والتسليم للتوكيد لا للاشتراط؛ لما في «المبسوط» و«المحيط» وغيرهما: أنّ البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك.

ويؤيده ما مرّ: من أنّ العرض على البيع بيان؛ إذ ليس فيه خروج عن الملك مع أنه بيان فقد الهبة، والصدقة أولى منه.

هذا كلّه في العتق المنجز المبهم.. فهل يكون الأمر كذلك في العتق المعلّق المبهم؟

فقال في «فتح القدير»: وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز.. يقع به في العتق المبهم المعلق أيضاً؛ كإن قال: إذا جاء زيد.. فأحدكما حرّ؛ فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرّف فيه بإزالة الملك بالبيع ونحوه، ثم جاء زيد [٥٣٤/أ].. عتق الباقي عنده، بخلاف ما لو قال قبل الشرط: اخترت أن يعتق فلان، ثم وجد الشّرط.. فإنه يعتبر؛ لأنه اختيار قبل وقته؛ كما لو قال: أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه، ثم عيّن أحدهما للحنث.. لا يصح تعيينه.

ولو باع أحدهما أو كلاهما، ثم اشتراهما، ثم جاء زيد.. ثبت حكم العتق المبهم، فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان؛ لأن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها انتهى.

واعلم: أن الجهالة في العتق لا تخلو؛ إما أن تكون أصلية، وذلك بأن أضيفت الصيغة ابتداء إلى واحد غير معين.

وإما أن تكون طارئة، وذلك بأن أضيفت الصيغة ابتداء إلى واحد معيّن، ثم نسيه.

فإن كانت الجهالة أصلية.. فصاحبه المزاحم له لا يخلو؛ إما أن يكون محتملاً للإعتاق أو لا يكون محتملاً له، والمحتمل لا يخلو من أن يكون ممن ينفذ الإعتاق فيه، أو ممن لا ينفذ الإعتاق فيه؛ فإن كان محتملاً للإعتاق وهو ممن نفذ إعتاقه فيه؛ كقوله لعبديه: أحدكما حرّ.. فاختلفوا في كيفيته:

فمنهم من يقول: إن العتق لا يثبت به قبل الاختيار، بل معلّق بالبيان كما في سائر المعلّق بالشّرط، ونسبوا هذا القول إلى أبي يوسف وإلى أبي حنيفة أيضاً.

ومنهم من يقول: إنه تنجيز العتق في غير المعين في الحال، واختيار العتق في أحدهما بالبيان إظهار، ونسبوا هذا القول إلى محمد.

ومما يدلّ على هذا الخلاف: أنه لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق.. أن العدة تعتبر من وقت الاختيار عند أبي يوسف، مع أن العدة إنما تجب من وقت وقوع الطّلاق، فدلّ: أن الطلاق لم يكن واقعاً قبل الاختيار.

وعند محمد: تعتبر العدة من وقت الكلام السّابق، فدل هذا: على أن الطلاق قد وقع من حين وجود الكلام.

ومن الاختلاف المذكور قال بعض مشايخنا: إن بيان العتق تنجيز، وقال بعضهم: إنه إظهار، وقال بعضهم: إنه تنجيز من وجه، تعليق من وجه.

وممّا يدل على أنه تنجيز: ما قالوا: إن للمولى أن يستخدمهما ويستعملهما قبل اختيار أحدهما.

وإن كان ممن لا ينفذ إعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: أحدكما حرّ.. لا يعتق عبده إلا بالنية؛ لاحتماله كلاً منها، وإن كان المزاحم له ممّا لا يحتمل الإعتاق؛ كما إذا جمع بين عبد وبهيمة أو حائط، وقال: أحدكما حرّ.. فعند أبي حنيفة: يعتق عبده بلا نية، وقالا: يتوقف على النية.

وإن كانت الجهالة طارئة: والكلام فيه في موضعين: الأول: في كيفيته، والثاني: في أحكامه.

فالأول: أنه لا خلاف بعتق أحدهما قبل البيان، والبيان فيه إظهار بالاتفاق.

والثاني: ضربان: ضرب في حياة المولى، وضرب بعد موته.

أما الأوّل.. فالولّي يمنع عن وطئهن واستخدامهنّ، والحيلة في جواز وطئهنّ له أن [يعقد عليهن عقدة النكاح.. فتحل له الحرة منهن بالنكاح، والرقيقة بملك اليمين]، ويأمره القاضي بالبيان؛ فإن امتنع.. حبسه إلى أن يبيّن، وإذا ادّعى كلّ منهن

والوطءُ لَيْسَ بِبَيَانٍ فِيهِ، خلافاً لَهما.

ولا بنية وجحد المولى.. استحلفه [٥٣٤/ب] القاضي لكلّ واحد منهما؛ فإن نكل لهما عتقا، وإن حلف لهما.. أمر بالبيان؛ لأن حرّية أحدهما لا ترتفع باليمن؛ فإن حلف للأوّل.. عتق الّذي لم يحلف له، وإن لم يحلف.. له عتق هو، وإن كانا أمتين وحلف لهما.. يمنع من وطئها حتّى يبيّن بقوله، أو بأن يفعل، أو يقول ما يدلّ على البيان مما لا يصحّ إلّا في الملك من البيع والهبة والإعتاق.

وكذا إذا كانا أمتين فوطئ إحداهما.. عتقت الأخرى بلا خلاف.

وأما الثاني: فهو أن المولى إذا مات قبل البيان.. يعتق من كلّ منهما نصفه مجاناً، ويسعى كلٌّ بنصفه؛ كما في الجهالة الأصلية، وتفصيل هذا في «البحر» نقلاً عن «البدائع».

(والوطء) في الأمة **(ليس ببيان فيه)** للعتق عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)**؛ يعني: لو قال لأمتيه إحداكما حرة، ثم وطئ إحداهما.. لم تعتق الأخرى عنده، وتعتق عندهما؛ لأن الوطء لا يحلّ إلّا في الملك، وإحداهما حرة لا ملك فيها، فالوطء لا يحلّ فيها؛ فإذا وطئ إحداهما.. جعل مستبقياً للملك فيها ليقع الوطء حلالاً حملاً لأمره على الصّلاح؛ فإذا تعينت إحداهما للملك.. تعينت الأخرى للعتق.

ولأبي حنيفة: أن الملك قائم في كلّ منهما، فكان وطء كل منهما حلالاً، وإنما كان الملك قائماً فيهما؛ لأن إيقاع العتق إنما هو في المنكَّرة، والوطء في المعينة، فكان محل إيقاع العتق غير محلّ الوطء، فيكون الملك في محلّ الوطء باقياً كما كان، فيكون الوطء فيه حلالاً، والوطء الحلال لا يكون بياناً؛ لأن كلّ واحدة منهما على هذه الصفة حتى حلّ وطؤهما عنده، إلا أنه لا يفتى بحلّه احتياطاً. على ما في «الهداية» و«العناية».

فإن قيل: العتق إما نازل أو لا؛ فإن كان نازلاً.. لا يجوز وطؤهما، وإن لم يكن نازلاً.. لزم إلغاء اللفظ عن مدلوله.

وَفِي الطَّلَاقِ الْمُبْهِمِ هُوَ وَالْمَوْتُ بَيَانٌ.

أجيب: باختيار كلّ من الشقين: **بأن يقال**: إن العتق نازل في المنكَّرة فيظهر في حقّ حكم تقبله كالبيع؛ فإن المنكَّر يقبله بأن اشترى أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما.. فإنه يصح، والوطء لا تقبله المنكَّرة؛ لأنه أمر حسّي لا يقع إلا في المعين، ووطء غير المعين غير ممكن، فلا يكون وطء المعين بياناً في الأخرى.

وبأن يقال: إن العتق غير نازل قبل البيان؛ لتعلقه بالبيان؛ كالعتق المعلق بدخول الدار مثلاً فإنه غير نازل قبل الدخول، فلا ينزل هذا أيضاً قبل الشرط وهو البيان، فلا يلزم إهمال اللفظ عن مدلوله كما في صريح التعليق.

ولو قال إحداكما مدبرة، ثم وطء إحداهما.. لا يكون بياناً بالاتفاق؛ لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع، بخلاف العتق.

وهل تكون مقدمات الوطء بياناً في العتق؟

ففي «البحر»: أنه لو قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة.. لا يكون بياناً، ثم قال نقلاً عن «المحيط»: وهو على الخلاف السابق.

(**وفي الطلاق المبهم**) بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالق (**هو**)؛ أي: الوطء (**والموت بيان**)؛ أما الموت: فلأن الميت لم يبق محلّاً للطلاق، فتعين الأخرى كما في العتق.

وأما الوطء: فلأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدلّ على استبقاء الملك في [٥٣٥/أ] الموطأة صيانة للولد، بخلاف الأمة؛ فإن المقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلا يدل على الاستبقاء.

وتحقيقه: أنّ الوطء لا يقع إلّا في الملك صيانة لمائه وحملاً له على الصّلاح، فيلزمه بالضرورة أن يكون بياناً وقد، عمل عمله في الطّلاق لعدم المانع، ولم يظهر عمله في العتق لمانع، على ما ذكرناه. فهذا على طريقة تخصيص العلّة، والمخلص معروف في الأصول.

وَإِن قَالَ لأَمتِهِ: «أَوَّلَ ولـدٍ تلدينَهُ ذكراً فَأَنتِ حرَّةٌ» فَولـدت ذكـراً وَأُنْثَى وَلم يُدرَ أَوَّلُهمَا.. فالذكرُ رَقِيقٌ، وَيَعتِقُ نصفُ كلٍّ مِنَ الْأُمِّ وَالْأُنْثَى.

والمُرَاد بالطّلاقِ ههنا: هُوَ البَائِن بِأن قَالَ لِامْرَأَتَيه: إِحْدَاكُما طَالِق وَلَمْ يَدْخُل بِها، أو دَخَلَ، فَقَال: طَالِق، بَائِن أو ثَلاث، ثُمَّ وَطئ إِحداهما.. فإنها طلقت الأخرى.

وأما لو كان الطلاق رجعيًا.. لا يكون الوطء فيه بياناً لطلاق الأخرى؛ لأن وطء المطلقة الرجعية حلال.

وهل يثبت البيان في الطّلاق بمقدّمات الوطء؟

ففي «الزيادات»: لا يثبت.

وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء.كذا في «فتح القدير».

وهل يثبت بالتطليق؟

ففي «البحر»: أنه لو طلّق إحداهما.. ينبغي أن لا يكون بياناً؛ لأن المطلقة يقع عليها الطّلاق ما دامت في العدّة، فلا يدل على أنّ الأخرى هي المطلّقة. انتهى.

أقول: هذا لا يتمشى في الطّلاق قبل الدّخول؛ إذ لا عدة فيه، ولا في المطلّقة الثلاث أيضاً.

(**وإن قال لأمته: أوّل ولد تلدينه ذكراً فأنت حرّة، فولدت ذكراً وأنثى ولم يدر أوّلهما.. فالذكر رقيق ويعتق نصف كل من الأم والأنثى**)؛ لأن كل واحدة منهما **تعتق في حال**: وهو ما إذا ولدت الغلام أوّلاً والجارية ثانياً؛ أما الأم: فبالشرط، وأما الجارية: فبتبعية أمّها؛ لأن أمّها ولدتها حين كونها حرّة.

وترق في حال: وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً؛ لعدم الشرط.. فيعتق نصف كلّ واحدة وتسعى في النصف الآخر.

وأما الذكر: فيرق في الحالين، فلهذا يكون عبداً.

واعلم أنّ هذا الجواب كما ترى في «الجامع الصغير» من غير خلاف فيه، والمذكور لمحمّد في «الكيسانيات» في هذه المسألة: أنه لا يحكم بعتق واحد منهم؛

لأنّا لم نتيقّن بعتقه، واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرّية، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك.

فعن هذا: حكم الطحاوي بأن محمّداً كان أوّلا مع أبي حنيفة وأبي يوسف، ثم رجع.

وقال في «النهاية» و«العناية»: قال في «المبسوط»: ذكر محمد في «الكيسانيّات» أنّ هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الجارية أولاً؛ فإن نكل.. فنكوله كإقراره، وإن حلف.. فكلهم أرقاء.

وأما جواب الكتاب؛ أي: المذكور في «الهداية» وهو المذكور في «الجامع الصغير» وفي هذا الكتاب أيضاً.. ففي فصل آخر وهو فيما إذا قال: «إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة، وإن كان جارية فهي حرّة» فولدتها، ولا يدري الأول.. فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم؛ لأنها إن ولدت الغلام أوّلاً.. فهي حرة والغلام رقيق، وإن ولدت الجارية أوّلاً [٥٣٥/ب].. فالجارية حرّة والغلام والأم رقيقان، فالأم تعتق في حال دون حال؛ فيعتق نصفها، والغلام عبد بيقين، والجارية حرة بيقين؛ إما بعتق نفسها، أو بعتق الأم. انتهى ما في «النهاية» و«العناية».

وفيه بحث؛ لأن هذا الجواب ليس الجواب المذكور في «الهداية» لأن في الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال كما ترى، وفي جواب «الهداية» - وهو المذكور في هذا الكتاب أيضاً - عتق نصف الجارية مع نصف الأمّ، فلا يصح قولهم.

وأما جواب الكتاب: ففي فصل آخر... إلى آخر ما ذكره، ثم قال في «النهاية»: الصحيح: ما ذكر في «الكيسانيّات»؛ لأن الشرط الّذي لم يتيقن بوجوده، وهو: ما إذا كان في طرف واحد من الوجود والعدم.. القول فيه: قول من ينكر وجود الشرط باليمين؛ كما إذا قال لعبده: إن دخلت الدار غداً فأنت حرّ، فمضى الغد، ولا يدرى

أنه دخل أو لا.. لا يعتق؛ لأنه وقع الشك في شرط العتق، فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أوّلاً.

وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم.. كان أحدهما موجوداً لا محالة.. فحينئذٍ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما في مسألة «الكيسانيّات».

فإن قيل: المفروض فيما نحن فيه تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر، فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع ثمه؟ فكيف يرجح ما ذكر في «الكيسانيات» من التحليف والنكول والعمل بموجبهما؟

أجيب: بأنه محمول على دعوى من خارجٍ حسبةٍ عتق الأمة أو بنتها؛ لوجود الشرط، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به.. تقبل.

فعلى هذا: جاز أن يدعي رجل حسبة إذا لم يكن بينة ليحلف لرجاء نكوله.

فإن قيل: سلّمنا ذلك، لكن ترجيحه في الحقيقة إبطالٌ لقول أبي حنيفة وأبي يوسف، مع أنه لم يرو عنها رواية شاذة تخالف ذلك الجواب - أعني: المذكور في «الهداية» و«الجامع» وهذا الكتاب - واستدلال صاحب «النهاية» بأن الشرط الكائن في طرف واحد... إلخ منظور فيه؛ بأنّ ذلك في الشرط الظاهر كالصوم والصّلاة ودخول الدار، لا الخفي كالمحبة ونحوها، فيجوز أن تكون الولادة من الأمور الخفية، فالشك فيها يوجب اعتبار الأحوال، فتعتق نصف الأم كما في «الجامع» و«الهداية».

قلنا: جعل الولادة من الأمور الخفية - كمحبة القلب - لا يصّح؛ لأن المراد بالأمور الظاهرة: ما يمكن اطلاع الغير عليه، وبالخفية: ما لا يمكن اطلاع الغير عليه، ولا شك أن الولادة مما يمكن الاطلاع عليها، ولهذا قالوا: لا يقبل قول المرأة في الولادة، ولو كانت كالمحبة.. لقبل قولها.

واعلم: أن الوجوه في مسألتنا: ستة، على ما فصّلوها في شروح «الجامع الصغير»:

أحدها: أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أوّلاً وهو المذكور في الكتاب، وجوابه: ما ذكر فيه أيضاً؛ من أن الغلام رقيق ونصف الجارية والأم.

والثاني: أن تدّعي [٥٣٦/أ] الأم أن الغلام هو المولود أوّلاً وأنكر المولى ذلك والجارية صغيرة.. فالقول قوله مع يمينه بالله ما يعلم أن الغلام ولد أوّلاً؛ لأنه ينكر شرط العتق؛ فإن حلف.. لم يعتق واحد منهم، وإن نكل.. عتقت الأمّ والجارية تبعا لها؛ لأن دعوى الأم حرية الصّغير معتبر في ضمن دعوى حرية نفسها؛ لكونها نفعاً محضاً له مع ثبوت ولايتها عليه في الجملة، وعجز الصغير عن دعواها عن نفسها، فاعتبر نكولها في حق حريتهما فعتقتا.

والثالث: أن تدعي الأم أنّ الغلام ولد أوّلاً والجارية كبيرة ولم تدع شيئاً من الحرية لنفسها وقد ادعت الأم تقدم الغلام وأنكر المولى، فحلف، فنكل.. عتقت الأم - بنكول المولى - دون الجارية؛ لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبتنى على الدعوى، فلم يظهر في حق الجارية.

والرّابع: أن تدعي الجارية تقدم الغلام وهي كبيرة والأم ساكتة.. تثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم؛ لأن صحة النكول تبتنى على الدعوى.

والخامس: أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولاً.. فحينئذٍ لا يعتق واحد منهم؛ لعدم شرط العتق.

والسادس: أن يتصادقوا أن الغلام ولد أوّلاً.. فالأم تعتق لوجود شرط العتق، وكذلك الجارية تبعاً للأم، والغلام عبد؛ لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها، والشرط يسبق المشروط، فلا يمكن جعله تابعاً لها فيه.

وَلَا تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى لِصِحَّةِ الشَّهَادَةِ على الطَّلَاقِ وَعِتْقِ الْأَمَةِ مُعيَّنَةً.
وَفِي عتقِ العَبْدِ وَغيرِ الْمعيَّنَةِ شرطٌ، خلافاً لَهما، ....

(**ولا تشترط الدعوى لصحة الشهادة على الطلاق وعتق الأمة**) حال كونها (**معينة**)؛ لأن عتق الأمة المعينة يستلزم تحريم فرجها على مولاها؛ كالطلاق على زوجها، فيكون من حقوق الشرع، والشهادة على حقوق الشرع مقبولة بلا دعوى كالشهادة بهلال رمضان، لكن يشترط حضور المولى والزوج على ما صرح به في «العمادي» و«جامع الفصولين».

وهل يشترط الدعوى لتحليف المولى والزوج حين أنكر إعتاق الأمة وطلاق المرأة؟

قيل يشترط، وقيل: لا. على ما في «العمادي».

فإن قيل: لو كان من حقوق الشرع.. لجاز الاكتفاء بشهادة الواحد؛ لأن خبر الواحد حجة في الأمر الديني، ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هي أخت مولاها من الرضاعة إذا جحدته؛ إذ ليس فيها تحريم الفرج؛ لأن تحريمه ثابت بحكم الرّضاع قبل شهادتهما بالإعتاق..

أجيب: عن الأول: بأنّ خبر الواحد حجّة في الأمر الدّيني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر، وههنا وقعت الحاجة إليه.

وعن الثاني: بأن فيه معنى الزنا؛ لأن فعل المولى بها قبل العتق: لا يوجب الحد، وبعده: يوجبه؛ لكونها بعضاً بعضها مملوكاً للمولى وإن كان هو ممنوعاً عن وطئها بالمحرميّة بالرّضاع؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها، وبدل بضعها يكون له، وإذا كان كذلك.. كان فيه تحريم الفرج.

(**وفي عتق العبد وغير المعينة**) من الأمة (**شرط**) عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**)، وأصل هذا الاختلاف: أن عتق العبد من حقوق العباد عنده، [٥٣٦/ب] ومن حقوق الشّرع عندهما؛ بدليل: أنّه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد، ولا يرتد بردّه، ويتعلّق

فَلَو شَهِدا بِعِتْقِ أَحدِ عبدَيهِ أَو أَمتَيهِ.. لَا تُقبلُ ....

تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة، ويصح نذره، ولا يبطل بالتناقض، حتى لو أقرّ بالرّق، ثم ادّعى حرية الأصل وأقام البينة.. تقبل، ولو كانت الدعوى شرطا.. لمنع؛ لأن التناقض يبطل صحة الدّعوى.

ووجه أبي حنيفة: أن الإعتاق: إثبات القّوة، وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حقّ العبد، فما كان من حقوق العباد.. لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى، فالشهادة على عتق العبد لا تقبل بدون دعوى العبد مطلقا لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على الصحيح، خلافاً لما قاله رشيد الدين: أن الدعوى عند أبي حنيفة ليست شرطاً في حرية الأصل؛ وشرط في العارضة.

(فلو شهدا بعتق أحد عبديه) أو إحدى **(أمتيه.. لا تقبل)** عند أبي حنيفة بناء على: أن دعوى العبد والأمة شرط في هذه الشهادة عنده، والدعوى من المجهول لا تتحقق، فلا تقبل الشهادة عليه.

اعترض عليه: بأنه إذا ادّعيا معاً ذلك.. وجب أن تقبل البينة؛ لأن الدعوى حينئذ حصلت من معيّن لا من مجهول مع أنها لا تقبل.

وأجيب: بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة؛ لأن الشهادة على أحد العبدين على ما هو المفروض لا على العبدين.

فإن قيل: قد تقدم أن الدعوى ليست شرطاً في الأمة المعينة لاستلزام عتقها تحريم فرجها، فهلا يستلزم تحريمها في غير المعينة حتى لا يشترط فيها الدعوى أيضاً؟

أجيب: بأن العتق المبهم واقع على غير المعين، وذلك لا ينافي قيام الملك في المعين، فيجوز وطء المعين عنده، فلا يستلزم عتق المبهم تحريم الفرج، فيشترط فيه الدعوى.

إِلّا فِي وَصِيَّةٍ، ....

فإن قيل: لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة المعينة تحريم فرجها على المعتق.. لشرطت الدعوى في عتق الأمة المجوسية - والتي هي أخته من الرضاع - وفي الشهادة على الطلاق الرجعي؛ لأن الشهادة بهذه المعاني لم تتضمن تحريم فرجها لحرمتها في الأوليين قبل الشهادة، وحلّها في الرجعي بعدها.

أجيب: عن الأول: بأنه ينبغي أن يشترط فيه الدعوى عنده، وقيل إنّ وطأها مملوك له، وإنما منعه منه خبثها - كالحائض - فبالشهادة.. يمتنع ذلك الوطء المملوك.

وعن الثاني: بأنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم، حتى يلزمه الحدّ بوطئها بعد ثبوت عتقها بالشهادة، لا بوطئها قبل ثبوت عتقها، وقد ذكرناه آنفاً.

وعن الثالث: بأن الطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها، فأثبت بالشهادة تحريماً مؤجلاً بانقضاء العدّة.

(**إلا في وصيّة**) استحساناً على ما ذكره في عتاق «الأصل».

توضيحه: أنهما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته، أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه، وأدّيا الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة [٥٣٧/أ].. تقبل استحساناً.

وله وجهان: **أحدهما:** أن التّدبير كلّما وقع.. وقع وصية، وكذا في مرض الموت وصيّة، والخصم في الوصيّة إنما هو الموصي وهو معلوم وهو الميّت، وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث.. فيصح الدعوى عن الخلف، فتقبل الشهادة.

وثانيهما: أن العتق يشيع بالموت فيهما؛ لأنه أوجب العتق في أحدهما حال عجزه عن البيان، فكان إيجاباً لهما فيكون كلّ منهما خصماً متعيّناً، فتصح الدعوى وتقبل الشهادة.

ولو شهدا بعد موته: أنه قال في صحّته: أحدكما حرّ:

قيل: لا نصّ فيه.

وقيل: تقبل؛ لشيوع العتق فيهما، فيكون كل واحد منهما خصماً متعيّناً، فتصح الدعوى وتقبل الشهادة.

وقيل: لا تقبل؛ لأنه ليس بوصيّة لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصّحة حتى يكون الخصم هو الموصى ويكون الوصي أو الوارث خلفاً عنه.

واعلم: أن كلا من وجهي الاستحسان لا يتمشى إلا فيما بعد الوفاة، فبقي قبول الشهادة في مرض الموت بلا وجه.

ثم اعلم: أن في كلّ منهما نظراً من وجه آخر أيضاً.

أما في الأولّ: فلما في صدر الشريعة: أن المتنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته، فكيف يقال: إن المدعي هو الموصي أو نائبه؟! انتهى.

أقول: جوابه مستفاد بما ذكره في «الكفاية» قال: وإنما يجبر المولى على البيان إذا أنكر ذلك؛ لأن حق غيره - أعني: العبد - تعلّق له فجعل هو مدّعياً كي لا تكون دعوى العبد شرطاً، وجعل مدعىً عليه حتى يجبر على البيان توفيراً للحقين. انتهى.

فإن الظاهر منه: أن المولى وإن كان منكراً إلّا أنه قد يجعل مدّعياً معنى وقد يجعل مدّعى عليه.. فحينئذٍ يكون العبدان مدّعيين.

وأما في الثاني فلما في «فتح القدير»: إن شيوع العتق - الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين - يتوقف على ثبوت قوله: «أحدكما حرّ»، ولا مثبت له إلّا الشهادة، وصحّتها متوقّفة على الدّعوى الصحيحة من الخصم، فصار ثبوت شيوع العتق متوقفاً على ثبوت الشهادة، فلو أثبت الشهادة بصحة خصومتهما وهي المتوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعاً.. لزم الدور، ومنه ظهر ضعف القول الثاني من الأقوال الثلاثة المذكورة؛ أعني: قوله: «وقيل: تقبل لشيوع العتق فيهما». انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: تقبلُ.

وَإِن شَهدا بِطَلَاقِ إِحْدَى نِسَائِهِ.. قُبِلَتِ اتِّفَاقًا.

وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قول أبي حنيفة.. لزم ترجيح القول الثالث؛ أعني: القول بعدم قبولها، وإن صحح فخر الإسلام القول بقبولها.

(وعندهما: تقبل) بناء على عدم اشتراط الدعوى عندهما.

(**وإن شهدا بطلاق إحدى نسائه.. قبلت اتفاقاً**) فيجبر على البيان.

وكذا لو شهدا على عتق أمة معينة؛ لعدم اشتراط الدعوى بالاتفاق؛ لكونها من حقوق الله تعالى على ما مر.

فإن قيل: إن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه، وذلك أيضاً حق الله تعالى، فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى، مع أنه ليس كذلك عند أبي حنيفة على ما ذكرنا [٥٣٧/ب].

قلنا: إن لازم عتق الأمة المعينة من أعظم الكبائر، ولازم عتق العبد حرمة لم ينصّ عليها الشرع، فضلاً عن أن يكون من الكبائر.. فلا تسوية بينهما.

*　*　*

(بَابُ الْحَلِفِ بِالْعِتْقِ)

وَمن قَالَ: «إِن دخلتُ الدَّارَ فَكلُّ مَمْلُوكٍ لي يومئذٍ حرٌّ».. يعْتقُ بِدُخُولِهِ مَن فِي مِلكِهِ عِنْدَ الدُّخُولِ، سَوَاءٌ كَانَ فِي مِلكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ أَو تجدَّدَ بعدَهُ.

(بَابُ الحَلِفِ بِالعِتْقِ)

وهو: أن يجعل العتق جزاء شرط، ولمّا كان المعلّق بشرط قاصراً في السَّبَبِيَّة.. أَخَّرِ التعليق عن التنجيز.

(ومن قال: إن دخلت الدار فكلّ مملوك لي يومئذ حرّ.. يعتق بدخوله مَن في ملكه عند الدخول، سواء كان في ملكه وقت الحلف أو تجدّد بعده)؛ لأن قوله: «يومئذ» في تقدير «يوم إذ دخلت» إلا إنه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول، سواء ملكه بعد حلفه أو قبله، فبقي على ملكه إلى وقت الدخول، وهذا لأن لفظة «يوم» ظرف لمملوك، فكان التقدير: «كل من يكون في ملكي حرّ» وهو في الحقيقة: إضافة عتق المملوك في يوم الدخول إلى يوم الدخول، فصار كأنه قال: إن ملكت مملوكاً قبل دخولي.. فهو حرّ، فشمل المملوك وقت الحلف وما تجدد بعده قبل وقت الدخول؛ لأنه كان أضاف العتق إلى الملك، بخلاف قوله لعبد غيره: إن دخلت الدار فأنت حرّ، ثم اشتراه فدخل.. لا يعتق؛ لأنه لم يضف العتق إلى الملك لا صريحاً ولا معنى، كما أضافه إليه فيما نحن فيه.

واعلم: أن في قوله: «عند الدخول» إشارة إلى أن لفظ «اليوم» في «يومئذ» يراد به مطلق الوقت، حتى لو دخل ليلاً.. عتق ما في ملكه أيضاً؛ لأنه أضيف إلى فعل غير ممتد وهو الدخول.

وإن كان في اللفظ.. أضيف إلى لفظة «إذ» المضافة إلى الدخول، لكن معنى الوقت في «إذ» غير ملاحظ ههنا، وإلا.. لكان المراد: يوم وقت الدخول، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييداً لليوم به، لكن إذا أريد باليوم مطلق الوقت.. يصير المعنى: وقت وقت الدخول ونحن نعلم كثيراً مثله من

وَلَو لم يقل: «يومئذٍ».. لَا يعْتقُ إِلّا مَن كَانَ فِي ملكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ.

وَكَذَا لَو قَالَ: «كلُّ مَمْلُوكٍ لي حرٌّ بعدَ غَدٍ».

الاستعمال الفصيح في نحو: ﴿وَيَوْمَئِذٍ يَفْرَحُ ٱلْمُؤْمِنُونَ ۝٤ بِنَصْرِ ٱللَّهِ﴾، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة، فعلم أن لفظ: «إذ» لم يذكر إلا تكثيراً للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له؛ أعني: التنوين لكونه حرفاً واحداً ساكناً تحسيناً له ولم يلاحظ معناها.

(**ولو لم يقل يومئذ.. لا يعتق إلا من كان في ملكه وقت الحلف**)؛ لأن قوله: «كل مملوك» للحال، والجزاء حرية المملوك في الحال، إلا أنه لما أدخل الشرط على الجزاء.. تأخر الجزاء إلى وجود الشرط، فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول، ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين.

واختلفوا في وجه، كون كل مملوك لي للحال، قيل: إن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له في الحال؛ إذ لو لم يكن الملك له في الحال.. كان هو وغيره سواء.

وقيل: إن اسم الفاعل والمفعول حقيقةٌ في الحال، مجازٌ في الاستقبال، فالمعنى: كل من اتصف بالملك بطريق الوقوع عليه.. فهو حر.

(**وكذا لو قال: كل مملوك لي حرّ بعد غد**)؛ أي: لا يعتق إلا من كان في ملكه وقت الحلف، لا الذي [٥٣٨/أ] اشتراه بعد الحلف؛ لما ذكرناه أن: «كلّ مملوك لي» للحال، والجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد؛ لأن بعد غد ظرف لحرّ.

وكذا الحال في قوله: «كلّ مملوك أملكه حرّ بعد غد»؛ لأن أملكه حقيقة في الحال عرفاً وشرعاً ولغةً.

أما عرفاً: فإن من قال: فلان يأكل ويشرب أو يفعل كذا.. يريد به الحال، وكذا لو قال: ما أملك درهماً.. يريد به الحال.

والمملوكُ لَا يتَنَاوَلُ الْحملَ؛ ....

وأما الشرع: فإن من قال: أشهد أن لا إله إلا الله.. يكون مؤمناً، وكذا لو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا.. كان شاهداً.

وأما اللّغة: فإن هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الأصالة؛ لأنه ليس للحال صيغة أخرى، وللاستقبال: سين وسوف، فكانت الحال أصلاً فيها والاستقبال دخيلاً، فعند الإطلاق ينصرف إلى الحال ولا يصار إلى الاستقبال إلّا بقرينة السّين أو سوف أو غيرهما، فصار مجازاً في الاستقبال.

(والمملوك لا يتناول الحمل)، حتى لا يصحّ بيعه منفرداً، ويدخل في بيعه أمه.

واسم المملوك يطلق على الأنفس دون الأعضاء، قيد بالحمل؛ لأنه لا يتناول العبيد كلّهم ولو مرهونين أو مأذونين أو مدبرين أو مؤجرين، والإماء - أيضاً - وإن كنّ حوامل، أو أمهّات أولاد، أو المدبّرات، على ما صرّحوا به قاطبة.

وأما في «المجتبى»: أنه لا يتناول المرهون والمأذون.. فهو سهو من القلم.

على ما صرّح به في «البحر».

ولو نوى الذكور فقط.. لا يصدّق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال، ويصدّق ديانة، مع أنّ طائفة من أهل الأصول على أنّ صيغ الذكور يعم النساء حقيقة وضعاً.

ولا يدخل المكاتب؛ لأنه مملوك من وجه.

ولا العبد المشترك، إلا إذا ملك النصف الآخر بعده.

ولا الجنين أيضاً إلا بالنية.

ولا عبيد عبده التاجر، وهو قول أبي يوسف.. إلا بالنية، سواء كان على العبد دين أو لا.

وعلى قول محمد: يعتقون؛ نواهم، أو لا، عليه دين أو لا.

وعلى قول أبي حنيفة: إن لم يكن عليه دين.. عتقوا إذا نواهم، وإلا.. فلا.

وإن كان عليه دين.. لم يعتقوا، نواهم أو لا.

ولو قال: عنيت بالمملوك ما يستقبل.. عتق ما كان في ملكه وما سيملك إذا ملكه؛ لأنه قصد تغيير ما يدلّ عليه ظاهر لفظه، فلم تعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر، واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل.

نظيره: ما لو قال: «زينب طالق» وله امرأة معروفة بهذا الاسم، ثم قال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها.. طلقت المعروفة عملاً بظاهر لفظه، وطلقت المجهولة باعترافه.

وكذا لو قال: كلّ مملوك لي الساعة فهو حرّ.. يقع على ما في ملكه وقت الحلف لا على ما يستفيده بعده؛ لأن المراد بالسّاعة عند أهل الشرع: هي الحال، لا الساعة الزمانية التي اعتبرها المنجمون، فيتناول ما كان في ملكه وقت الحلف لا المستفاد بعده.

ولو قال: عنيت به المستفاد بعده.. يعتبر في حق المستفاد، ولا يعتبر في [٥٣٨/ب] إبطال ما يدلّ عليه ظاهر لفظه، فيعتق المملوك حالاً والمستفاد بعده معاً.

ولا يخفى عليك: أن تعليلهم بقولهم: «اعتباراً وعملاً بظاهر لفظه» يقتضي أنَّ عتق ما في ملكه وقت الحلف مع نية الاستقبال إنما هو في القضاء، على ما في قولهم: إنه لو نوى بالمملوك الذكور فقط.. لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق ديانة على ما ذكرناه.

ثم لا بدّ ههنا أن يبين الفرق بين قوله: «كل مملوك»، وبين قوله: «مماليكي كلهم»؛ لما في «الذخيرة»: قال: مماليكي كلّهم أحرار، ونوى الرجال دون النساء.. لم يذكره محمّد، وقالوا: لا يصدق ديانة، بخلاف قوله: «كلّ مملوك لي» ونوى التخصيص.. يصدّق ديانة. انتهى.

فَلَو قَالَ: «كلُّ مَمْلُوكٍ لي ذَكَرٍ حرٌّ» وَله أَمَةٌ حَامِلٌ فَولدت ذكراً لأَقلَّ مِن نصفِ حولٍ مُنْذُ حَلَفَ.. لَا يَعْتِقُ.

وَلَو لم يقل: «ذكراً».. عَتَقَ تبعاً لأُمِّهِ.

وَلَو قَالَ: «كلُّ مَمْلُوكٍ لي حرٌّ بعدَ موتِي».. صَارَ مَن فِي مِلكِهِ عِنْدَ الْحَلِفِ

فالفرق بينهما على ما ذكره ابن الهمام - مع أن في الوجهين تخصيص العام -: أن كلهم في الأوّل تأكيد لعموم مماليكي؛ لأنه جمع مضاف فيعم، وهو يرفع احتمال المجاز غالباً، والتخصيص يقتضي المجاز، فلا يجوز.. بخلاف: كلّ مملوك؛ فإن الثّابت به أصل العموم فقط.. فقبل التخصيص.

ولو قال: لم أنو به المدبر.. لم يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

وهل يصدّق ديانة؟ قيل: لا يصدق أيضاً، والصحيح: أنه يصدق ديانة؛ لأنه لا يمكن تخصيص العام إلا باعتبار الوصف. كذا في «البحر» نقلاً عن «المحيط».

(**فلو قال: كل مملوك لي ذكرٍ**) بالجر صفة مملوك (**حرٌّ**) بالرفع خبر «كل».

(**وله أمة حامل فولدت ذكراً لأقل من نصف حول منذ حلف.. لا يعتق**)؛ لأن قيام الحمل وقت التكلم، وإن كان متيقناً.. تكون الولادة أقل من مدّة الحمل، لكن لفظ المملوك إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال، والحمل مملوك تبعاً لأمّه كعضو من أعضائها، حتى ينتقل بانتقالها ويتغذّى بغذائها، ولا يجزىءُ عن الكفارة، ولا تجب صدقة فطره، وكذا لا يعتق إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً منذ حلف؛ لما ذكرناه، ولأن: «كلّ مملوك لي» للحال على ما بيناه، وفي قيام الحمل حال التكلّم: احتمال لوجود تمام مدة الحمل حينئذ، فجاز أن لا يكون قائماً عند التكلم، فلا يعتق مع هذا الاحتمال.

(**ولو لم يقل: ذكراً.. عتق تبعاً لأمه**)؛ لأن قوله: «كلّ مملوك لي» يتناول الحامل كما يتناول الأنثى، فيعتق حملها تبعا لها، بخلاف التصريح بالذكر على ما ترى.

(**ولو قال: «كل مملوك لي حرّ بعد موتي».. صار من في ملكه عند الحلف**

مُدبَّراً، لَا مَن مَلَكَهُ بعدَهُ، لَكِن يَعْتِقُ الْجَمِيعُ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ مَوتِهِ.

مدّبراً) مطلقاً حتى لا يصحّ بيعه بعد هذا القول، (**لا مَن ملكَه بعده**)؛ أي: لا يكون مدبّراً مطلقاً، بل يكون مدبّراً مقيّداً، جاز له بيعه؛ فإن باع.. فبها، وإلّا حتى مات.. عتق كلّ منهما من الثلث، وإليه أشار بقوله: (**لكن يعتق الجميع**)؛ أي: جميع كل منهما (**من الثلث عند موته**) إن خرجا من الثلث، وإن ضاق الثلث عنهما.. يضرب كل منهما بقيمته فيه، وهذا ظاهر المذهب عن الكل.

وقال أبو يوسف في «النوادر»: إنه لا يعتق مَن ملكه بعد يمينه، وإنما يعتق من كان في ملكه يوم حلف ؛ لأن اللفظ [٥٣٩/أ] حقيقة في الحال على ما ذكرناه، فلا يتناول ما سيملكه، ولهذا صار مدبّراً في الحال دون الآخر.

ولهذا الوجه.. أوجب عيسى بن أبان قول أبي يوسف في «النّوادر» وقد يستدلّ عليه بأنه لو لم يرد به الحال فقط؛ فإما أن يراد به كل من المملوك حالاً ومن المملوك استقبالاً.. فحينئذٍ يلزم؛ إما تعميم المشترك، أو استعماله في حقيقته ومجازه، ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال، والمستحدث عند ملكه؛ لأنه حينئذ في معنى: «كل مملوك لي أو سأملكه مدبّر».

وإما أن يراد به: المجتمع في الملك عند الموت: فحينئذٍ يلزم عموم المجاز، ثم يلزم أيضاً تدبير كل منهما، وإليه ذهب محمّد فيمن قال: «كلّ مملوك أملكه غداً فهو حرّ» ولا نية له.. عتق ما اجتمع في ملكه غداً ممن كان مملوكاً له حال التكلم أو ملكه إلى غد تدبيراً مطلقاً على قول محمد؛ كما لو قال: كلّ من كان في ملكي عند الموت مدبر، وهو منتف.

وإما أن يراد به المستقبل فقط: كما لو قال: كلّ مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبداً.. لزم أن لا يعتق من كان في ملكه وقت الحلف، ولا يصير مدبّراً وهو منتف أيضاً؛ فإذا بطلت الأقسام بأسرها.. تعين أن يعتق من كان في ملكه وقت الحلف فقط، لا من سيملكه.

ووجه الظاهر: أن قوله: «كل مملوك لي حر» إيجاب عتق، وقوله: «بعد موتي» أيضاً، ولهذا اعتبر من الثلث.

وفي «الوصايا»: تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الحاضرة، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية، وفي الوصية لأولاد فلان: من يولد له بعدها، والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه:

فمن حيث إنه إيجاب العتق.. يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الحاضرة ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك فيصير مدبّراً مطلقاً لا يجوز بيعه.

ومن حيث إنه ايصاء يتناول من يشتريه اعتباراً لحاله المنتظرة - وهي حالة الموت - ويصير مدبّراً بعده لا قبله؛ كالذي كان في ملكه؛ لأن الكلام لم يتناول حالة التملك: **لا من حيث الإيجاب**؛ لعدم الإضافة إلى الملك، ولا إلى سببه، **ولا من حيث الإيصاء**؛ لأنه بكون عند الموت.. فكان حال التملك استقبالاً محضاً لم يتناوله اللفظ، فلا يصير مدبّراً حال التملك، فكأنه قال عند الموت: «كلّ مملوك لي أو أملكه فهو حرّ» فيتناول من ملكه بعد حلفه، بخلاف قوله: «كلّ مملوك لي حرّ بعد غد»؛ لأنه ليس فيه إلّا جهة واحدة هي جهة الإيجاب، فلا يدخل فيه إلّا الحاصل في الحال.

فإن قيل: إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال، وذلك ممنوع عندكم.

أجيب عنه: نعم، ولكنه جائز إذا كان الجمع بسببين مختلفين: إيجاب عتق، ووصية، وإنما لا يجوز ذلك إذا كان بسبب واحد.

وأعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن هذا قول العراقيين وهو غير مرضي في الأصول، وإلّا.. لم يمتنع [٥٣٩/ب] الجمع مطلقاً ولم يتحقق خلاف فيه أصلاً؛ لأن الجمع قطّ لا يكون إلّا باعتبارين وبالنظر إلى الشيئين.

وثانيهما: أنه لا يخلو؛ إما أن يراد بذلك اللفظ - أعني: كلّ مملوك لي أو

أملكه، فهو حرّ بعد موتي - إيجاب عتق في الحال فقط، وإيجاب عتق بعد الموت فقط، أو كلاهما معاً.

فعلى الأوّل: يلزم التنافي بين طرفي كلام واحد، وأن يعتق الموجود حال التكلم في الحال، والأوّل باطل، والثاني منتف.

وعلى الثاني: يلزم أن يكون ذلك اللفظ إيصاء فقط، وأن لا يكون الموجود حال التكلم مدبّراً في الحال، وكلاهما منتف.

وعلى الثالث: يلزم عموم الاشتراك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد في حالة واحدة.

فإن قيل: هذا الجمع أيضاً بسببين مختلفين آخرين.

قلنا: ننقل الكلام فيه، فتتسلسل الأسباب أو تدور.

فإن قيل: نختار الشق الثاني.

قلنا: إن هذا الكلام تدبير، والتدبير وصيّة، والوصية تعتبر فيها الحالة الحاضرة والحالة المنتظرة، فيدخل تحته من كان في ملكه وقت التكلّم، ومن كان موجوداً عند موته، وأما ما بينهما.. فليس بداخل تحته، فلا يصير المتحدث مدبّراً حتى يموت.

قلنا: ذلك جمع أيضاً بين الحال والاستقبال.

ولئن قيل: ذلك باعتبار سببين مختلفين.

قلنا: ذلك مذهب العراقيين، وهو غير مرضي، وإن إرادة هذين السببين معاً من لفظ واحد؛ إما جمع بين الحقيقة والمجاز، أو إرادة عموم المشترك.

والحاصل: أنه لا مجال لدفع لزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك، فظهر منه قوة قول أبي يوسف في «النوادر»، ولذا طعن عيسى بن أبان في جواب ظاهر الرواية، وأوجب المروي عن أبي يوسف في «النوادر».

* * *

(بَابُ الْعِتْقِ على جُعْلٍ)

وَمَن أَعتقَ على مَالٍ أَو بِهِ فَقَبِلَ.. عَتَقَ، وَالْمَالُ دَينٌ عَلَيْهِ تصحُّ الكفالةُ بِهِ،

(بَابُ العِتْقِ عَلَى جُعْلٍ)

الجُعْل بالضم: ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله ، وكذلك الجِعالة بالكسر: (**ومن أعتق**) عبده (**على مال أو به**)، أيّ: مال كان من العروض أو الحيوان أو العبد أو الطعام، أو المكيل أو الموزون إذا كان معلوم الجنس، أو النقود مثل أن يقول: أنت حرّ على ألف درهم، أو بألف درهم، أو على أن لي عليك ألفاً، أو على ألف تؤديها، أو على أن تعطيني ألفاً، أو على أن تجيئني بألف. ولو لم يسم الجنس بأن قال: على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل.. عتق ولزم قيمتة نفسه. كذا في «فتح القدير».

(**فقبل**) العبد (**..عتق**) ساعة قبوله بقبوله، وهذا لأنه معاوضة المال بغير المال؛ لأن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد؛ لكونه إسقاطاً، فلم يدخل به في يده شيء من المال.

غايته: أنه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، ومن قضية عقد المعاوضة: ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع؛ فإذا قبل.. صار حرّاً، وإذا ردّ أوأعرض عن المجلس بالقيام وبالاشتغال [٥٤٠/أ] بما يُعلم به قطع المجلس.. بطل.

فإن قيل: كلمة «على» للشرط، فيكون نحو أنت حرّ على ألف، أو على أنّ لي عليك ألفاً ونحوهما مما ذكر تعليق العتق بشرط أداء الألف؛ كما لو قال: إن أديت إليّ ألفاً على ما سيأتي مصرحاً، فلا يصح ذكره ههنا.

قلنا: إن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض، لا التعليق بشرط؛ بدلالة الحال، فلا تكون كلمة «على» للشرط ههنا.

(**والمال**) - أي: الذي قبله - (**دين عليه تصح الكفالة به**)؛ لأنه يسعى وهو حرّ،

ولهذا قال في «الأصل»: أعتق أمته على مال فولدت ولداً ثم ماتت ولم تترك شيئاً.. فليس على الولد شيء من ذلك المال؛ لأنه ليس على الوارث من دين المورث شيء، ولو كانت أعطته في حياتها كفيلاً بالمال الذي أعتقها عليه.. جاز؛ لأنها حرة مديونة.

ثم اعلم: أنه أدى إليه المال الّذي أعتقه عليه - العبد أو الحيوان أو العروض - فاستُحق إن كان بغير عينه في العقد.. فعلى العبد مثله، وإن كان معيناً بأن قال: أعتقتك على هذا العبد أو على هذا الحيوان أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق.. رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يرجع بقيمة المستحق، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم.

فإن قيل: قد مرّ آنفاً أن «العتق على مال معاوضة كالبيع» حتى شرط فيه القبول أيضاً، مع أنه لو باع بالعبد المعين أو الثوب المعين، فاستحق العبد أو الثوب - ولم يجز مالك العبد - ينفسخ العقد، فلِمَ لم ينفسخ العتق فيما إذا استحق المال؟

قلنا: إن العتق إسقاط، فلا يقبل الفسخ بعد نزوله بقبول العبد بالمال، بخلاف البيع.

ثم لو اختلفا في المال في جنسه أو في قدره بأن قال المولى: أعتقتك على عبد، وقال العبد: على كرّ حنطة، أو قال المولى: على ألف، وقال العبد: على خمس مائة.. فالقول للعبد مع يمينه، وكذا لو أنكر أصل المال.. كان القول له؛ لأنه عتق لاتفاقهما، والمال عليه للمولى، فالقول في بيانه قوله، والبينة بينة المولى؛ إما لإثبات الزيادة، أو لأنه ثبت حق نفسه ببينة.

ولو كان هذا الاختلاف في مسألة التعليق بالأداء - وهي تلي هذه المسألة، أعني: قوله: «إن أديت إلي ألفاً.. فأنت حرّ» - فالقول قول المولى مع يمينه؛ لأن التعليق بالشرط تم به، فالقول في بيانه قوله، بخلاف ما قبلها؛ فإن العبد عتق بالقبول،

بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ.

فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه؛ أما في مسألة التعليق بالأداء، فلا يعتق إلا بالأداء، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق، فكان القول للمولى، وإن أقاما البينة.. فالبينة بينة العبد؛ إذ لا منافاة بين البينتين؛ لأنه يجعل كأن الأمرين كانا؛ فأيّ الشرطين أتى به العبد.. يعتق، ولأن البينتين للإلزام، وفي بينة العبد معنى الإلزام أتمُّ؛ فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة، وليس [٥٤٠/ب] في بينة المولى إلزام.. فإنها إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال. كذا في «فتح القدير».

ولو قال المولى: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل، وقال العبد: قبلت.. فالقول قول المولى مع يمينه، لأنه أقرّ بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى، ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به، والمولى ينكره.. فالقول قوله؛ كما لو قال: قلت لك أمس: أنت حرّ إن شئت، فلم تشأ، وقال العبد: بل شئت.. فالقول قول المولى، بخلاف قوله لغيره: بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل، وقال الآخر: بل قبلت.. القول للمشتري؛ لأن القائل أقرّ بالبيع، ولا يتحقق البيع إلّا بقبول المشتري، فهو في قوله: «لم تقبل» راجع عما أقرّ به.

(**بخلاف بدل الكتابة**)؛ فإنه لا تصح الكفالة به؛ لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق، فكان ثبوته على خلاف القياس؛ لضرورة حصول الحرية للمكاتب والمال للمولى، فيكون مقتصراً على مورده، ولا يتعدى إلى الكفيل، فلم تصح عنه الكفالة. كذا قالوا.

أقول: فيه بحث؛ لأن عدم تعديته إلى الكفيل لا يقتضي عدم صحة الكفالة عنه، بل سائر الديون لا تتعدى إلى الكفيل أيضاً في الصحيح، مع أن الكفالة صحيحة عنها على ما صرّحوا به في باب الكفالة بالدين، وذلك لأن معنى الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة لا في الدين، حتى لا ينتقل الدين إلى الكفيل، بل هو باق كما كان في ذمة المكفول عنه على ما صرّحوا به.

فالأوجه عندي: ما ذكره ابن الهمام، وهو: أن الكفالة إنما تصح بدين صحيح،

وَإِن قَالَ: «إِن أَدّيتَ إِلَيّ أَلفاً فَأَنتَ حرٌّ، أَو إِذا أَدّيتَ».. صَارَ مَأْذُوناً، لَا مكَاتباً، ....

وهو ما لا يخرج المديون عنه إلّا بأداء أو إبراء ممّن له دين، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه.

(**وإن قال: إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت حرّ، أو إذا أديت.. صار مأذوناً**)؛ لأنه رغبّه في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده من الترغيب: التجارة دون التكدي؛ لأنه يدني المرء ويخسسه، والمرء لا يفعل ذلك، لكنه لو اكتسب منه مع ذلك فأدّى.. عتق؛ لوجود الشرط على ما في «فتح القدير».

فإذا كان مراده منه التجارة.. صار مأذوناً فيها.

(**لا مكاتباً**)؛ لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء.. فيتعلق عتقه بالأداء، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد كما احتاج إليه في المسألة المتقدمة، ولا يرتد بردّه، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بسائر الشروط.

والحاصل: أن له جهتين: جهة التعليق وجهة المعاوضة، فوجب توفير مقتضى كلّ عليه، وتخريج المسائل المختلفة التي يقتضي بعضها اعتباره تعليقاً وبعضها اعتباره معاوضة، إلّا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء.. كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة، فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدّى زيوفاً.. كان [١٤٥/أ] له أن يرجع بقدره جياداً، وما كان من ضروريات المعاوضة، وهو تقديم ملك العبد لما أدّاه، وإنزاله قابضاً إذا أتاه به، وفيما قبل ذلك: المعتبر جهة التعليق، فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة؛ فلذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة:

منها: ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالاً.. فهو للمولى، ولا يؤدى منه عنه، ويعتق بخلاف الكتابة.

ومنها: لو مات المولى وفي يد العبد كسب.. كان لورثة المولى، ويباع العبد بخلاف الكتابة.

ومنها: لو كانت أمة فولدت ثم أدت، فعتقت.. لم يعتق ولدها؛ لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة، بخلاف الكتابة.

ومنها: لو قال العبد للمولى: حطّ عنّي مائة، فحطّ المولى عنه وأدّى تسعمائة.. لا يعتق، بخلاف الكتابة.

ومنها: لو أدّى مكان الدّراهم دنانير.. لا يعتق وإن قبل المولى؛ لعدم الشرط، بخلاف الكتابة.

ومنها: لو أبرأ المولى العبد عن الألف.. لم يعتق، ولو أبرأ المكاتب.. عتق، كذا ذكروها، وتعقبه في «فتح القدير»: بأنه لا موقع لها والفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين، والإبراء لا يتصور في هذه المسألة؛ لأنه لا دين على العبد، بخلاف الكتابة.

أقول: صحة الإبراء لا توقف ثبوت الدين في ذمّته، ألا ترى أن إبراء الكفيل بالدين عن الدين صحيح، مع أن الدين لم يثبت في ذمته، بل هو باق كما كان في ذمة المكفول عنه في الصحيح؛ لأن الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين، ولهذا صحّ مطالبة الطالب الكفيل باعتبار الكفالة، أي: ضم ذمته إلى ذمته في المطالبة، وتصح مطالبة المكفول عنه أيضاً باعتبار ثبوت الدين عليه كما كان، نعم لو ذكروا مكان الإبراء الهبة وقالوا: لو وهب المولى العبد الألف لم يعتق.. لكان لاعتراضه وجه؛ لأن الهبة تمليك، ومن ضرورة التمليك أن يجعل الموهوب متحققاً في ذمة العبد ولم يتحقق.. فلا تصح الهبة، بخلاف الإبراء؛ فإنه إسقاط محض كالطلاق والعتاق، فلا يتوقف على ثبوت المسقط.

ثم **أقول:** لا يصح ما ذكروه هنا، لا لما ذكره في «فتح القدير»، بل لما ذكروا: أن صحة الإبراء وإن لم تتوقف على ثبوت الدين المسقط في ذمة من أسقط عنه، لكنه لا بد له من ثبوت وجوب حق المطالبة للطالب؛ كما في إبراء الكفيل بالدين؛ فإن الدين وإن لم يثبت في ذمته، لكن وجوب حق المطالبة للطالب ثابت في ذمته، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنه كما لا دين على العبد.. كذلك لا مطالبة للمولى عليه، بل إن أداه.. عتق، وإلا.. فلا.

ومنها: لو باع المولى العبد، ثم اشتراه أو ردّ عليه بخيار عيب.. ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف، عند أبي يوسف: نعم، وعند محمد: لا، ولكن لو قبضه.. عتق، بخلاف الكتابة؛ فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله [١٤٥/ب] ويعد قابضاً.

وفي «فتح القدير»: وقول أبي يوسف أوجه عندي.

ومنها: أنه يقتصر على المجلس، فلا يعتق ما لم يؤدّ في ذلك المجلس، بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى.. لا يعتق، بخلاف الكتابة، وهذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط كلمة «إن»، وإن كان كلمة «متى» أو «إذا».. فلا يقتصر على المجلس.

ومنها: أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي، بخلاف المكاتب.

ومنها: أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه، بخلاف المكاتب.

ومنها: أنه إذا أدّى وعتق وفضُل عنه مال مما اكتسبه.. كان للسيد فيأخذه، بخلاف المكاتب.

وَيَعتِقُ إِن أَدّى فِي الْمجْلسِ أَو خلّى بَينَ الْمولى وَبَينَ المَالِ فِيهِ فِي التَّعْلِيقِ بِـ«إن»، ....

ومنها: لو اكتسب العبد مالاً قبل تعليق السيد فأدّاه بعده إليه.. عتق، وإن كان السيد.. يرجع بمثله، بخلاف الكتابة؛ فإنه لا يعتق بأدائه؛ لأنه ملك المولى، إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله؛ فإنه حينئذ يصير به أحق من سيّده؛ فإذا أدّى منه.. عتق.

ومنها: ما ذكره محمد في «الزيادات»: إذا قال: إن أديت إلي ألفاً في كيس أبيض فأنت حرّ، فأداها في كيس أسود.. لا يعتق، وفي الكتابة يعتق، وهي قريبة إلى المسألة الرابعة.

ومنها: ما ذكره في «البدائع»: لو قال: إذا أديت إلي ألفاً في هذا الشهر فأنت حر، فلم يؤدّها في ذلك الشهر وأدّاها في غيره.. لم يعتق، وفي الكتابة: لا يبطل إلا بحكم الحاكم أو تراضيهما.

ومنها: ما ذكره في «المحيط»: لو أمر غيره بالأداء فأدّى.. لا يعتق؛ لأن الشرط أداؤه ولم يوجد، ولا عبرة لأداء غيره مع قدرته عليه، بخلاف الكتابة؛ لأنها معاوضة فيها معنى التعليق، فكان الأصل فيها المعاوضة، فكان المقصود حصول البدل.

وبعض هذه المسائل سيأتي في الكتاب مصرحاً.

(**ويعتق إن أدّى المال في المجلس أو خلى بين المولى وبين المال فيه**)؛ أي: في المجلس (**في التعليق بـ «إن»**) أي: في ظاهر الرواية عن الثلاث، وعن أبي يوسف: أنه لا يقتصر على المجلس؛ كما في التعليق بسائر الشروط بـ«إذا» و«متى».

ووجه الظاهر: أنه يخيّر العبد بين الأداء والامتناع، فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال: أنت حر إن شئت.

فإن قيل: قد تقدّم أنه يصير مأذوناً له في التجارة، فكيف يكون الأداء مقتصراً على المجلس؟!

وَمَتى أَدّى أَو خلّى: فِي التَّعْلِيق بـ«إِذا».

وَيُجْبرُ الْمولى على الْقَبْضِ، ....

أجيب: بأنّ الإذن يكون في التعليق بـ«إذا» و«متى»؛ فإن الإذن فيهما لا يقتصر على المجلس.

وقد يجاب عنه أيضاً: بأنه لا تنافي بينهما؛ لجواز أن يكون مأذوناً بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس، يتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالأبدان. كذا في «العناية».

(و) يعتق (متى أدى أو خلّى) بين المال والمولى (في التعليق بإذا) و«بمتى»، وجه الفرق بين «إن» وبينهما على ظاهر الرواية: أن التعليق بـ«إن» بمنزلة [٥٤٢/أ] التعليق بمشيئة العبد على ما ذكرناه؛ لأنه للشرط المحض، ولو قال: أنت حر إن شئت.. يتوقف على المجلس، فكذا هذا، بخلاف «إذا» و«متى»؛ لأنهما للوقت، فيعم الأوقات كلها، و«إن» للشرط المحض لا للوقت، فكان هذا طلباً للمال في الحال ويتقيد به، حتى لو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ في عمل آخر، ثم أدّى.. لا يعتق.

فإن قيل: فهل لا يختلف المجلس بأخذه في الأداء.

قلنا: لا؛ لأنه يجب أن يستثنى مقدار الجنس؛ كما يستثنى مقدار البر في حلفه «لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه»، حتى لم يحنث وقت شغله بنزعه.. فلا يتبدل المجلس بالأداء.

(ويجبر المولى على القبض)، ليس المراد بالجبر ههنا ما تعارفه الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس، بل المراد أنه ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبين المال برفع المانع، بحيث لو مدّ يده.. أخذه؛ سواء قبضه أو لم يقبضه. كذا في «العناية».

فمعنى نسبة الإجبار إلى الحاكم ههنا أن يحكم بأنّه قد قبض، ولكن هذا إذا كان العوض صحيحاً؛ أما لو كان خمراً أو مجهولاً جهالة فاحشة كما لو قال: إن

وَإِن أدّى الْبَعْضَ.. يجْبرُ على الْقَبْضِ أَيْضاً، ....

أدّيت إلي كذا خمراً أو ثوباً فأنت حرّ، فأدّى ذلك.. لا يجبر على قبولهما، إلا إذا أخذه مختاراً؛ وأما عدم العتق في قوله: إن أديت إلي ألفاً فحججت بها فأنت حرّ.. لا يجبر على القبول؛ لأن التعليق بشيئين المال والحج، فلا يعتق بمجرد المال؛ لبطلان معنى المعاوضة.

بخلاف ما لو قال: إن أدّيت إلى ألفاً أحجّ بها؛ فإنه يجبر على القبول؛ لأن الأداء إتمام الشرط، والحج وقع مشورة، ثم هذا عندنا.

وقال زفر: لا يجبر عليه؛ لأنه تصرف يمين؛ إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان؛ لأنه استحقاق قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة؛ لأنه معاوضة، والبدل فيها واجب، فكان الجبر فيها بعد الاستحقاق.

قلنا: إنه تعليق نظراً إلى اللفظ، ومعاوضة نظراً إلى المقصود؛ لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال، فينال العبد شرف الحرية، والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة، ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً:

فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ، ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه، ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء.

وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول، وقد ذكرناه من قبل مع ما تفرع على الطرفين من المسائل.

(**وإن أدى البعض.. يجبر**) - ومعنى الجبر قد مرّ آنفاً - (**على القبض أيضاً**)؛ لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة؛ فإذا ثبت الإجبار في الكل.. ثبت في البعض أيضاً كما في الكتابة، وهذه رواية «الزيادات».

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» [٥٤٢/ب]: أنه لا يجبر على قبول البعض، قيل: وهو القياس، وما في «الزيادات»: هو الاستحسان.

إِلّا أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ مَا لم يُؤَدِّ الْكلَّ، كَمَا لَو حطَّ عَنهُ الْبَعْضَ فَأَدَّى الْبَاقِيَ.

ثمَّ إِن أَدَّى ألفاً كَسِبَها قبلَ التَّعْلِيق.. رَجَعَ الْمولى عَلَيْهِ بِمِثْلِهَا، وَيَعْتِقُ.

وَإِن كَسِبَها بعدَهُ.. لَا يرجعُ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتَ حرٌّ بعدَ موتِي بِأَلفٍ» ....

ويرد عليه: أنا لا نسلم أن ثبوت الإجبار في الكل يستلزم ثبوته في البعض؛ لأن وجوب قبول الكل إنما هو لتحقق شرط العتق الذي هو العبد، وليس أداء البعض كذلك، إلا إذا كان في ضمن الكلّ؛ فإنه حينئذ يجب قبوله ضرورة أنه محقق للكلّ لا باعتبار أنه بعضه، ولهذا ذكر في «شرح الطحاوي»: أن عدم وجوب قبول البعض قول أبي يوسف، وهو القياس.

(**إلّا أنّه لا يعتق ما لم يؤد الكل**) لعدم وجود الشرط وهو أداء الكل؛ (**كما لو حط عنه البعض فأدى الباقي**)؛ فإنه لا يعتق؛ لعدم الشرط أيضاً، وقد ذكرناه في المسائل.

وكذا لو حطّ عنه الجميع، بخلاف الكتابة؛ فإن المال واجب عليه فيتحقق الإبراء عنه؛ سواء أبرأه عن الكلّ أو البعض.

(**ثم إن أدّى ألفاً كسبها قبل التعليق.. رجع المولى عليه بمثلها**)؛ لأن الألف الّتي أدّاها كانت مستحقّة من جانب المولى، فلا يحصل المقصود بأدائه؛ لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه، ويعتق العبد لوجود شرط الحنث وهو أداء الألف.

(**وإن كسبها بعده.. لا يرجع**)؛ لأنه مأذون له من جهته بالأداء من كسبه، فلا يرجع.

(**ولو قال: أنت حرّ بعد موتي بألف**) أو على ألف.. فالقبول ههنا إلى ما بعد الموت؛ لأن هذا الكلام إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت، وكل ما هو كذلك.. فالقبول فيه إلى ما بعد الموت؛ لئلا يقع القبول قبل الإيجاب؛ كما إذا قال:

فَإِن قَبِلَ بعدَ مَوتِهِ وَأَعْتَقَهُ الْوَارِثُ.. عَتَقَ. وإِلّا.. فَلَا.

أنت حرّ غداً بألف.. يتأخر القبول إلى الغد، وهذا لأن جواب الإيجاب في عقد المعاوضة - وهو القبول - إنما يعتبر في مجلسه، ومجلسه وقت وجوده؛ الإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه، وهو هنا ما بعد الموت.

ولهذا قال: (**فإن قبل بعد موته وأعتقه الوارث**) - هكذا وقع في «الهداية» مقتصراً على الوارث، وزاد غيره: أو الوصي أو القاضي إن امتنع الوارث، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيزاً وتعليقاً والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً - (.. **عتق**) لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

(**وإلا**) أي: وإن لم يعتق واحد من هذه الثلاثة (.. **فلا**) يعتق؛ لأن العتق تأخر عن الموت، والعتق متى تأخر عن الموت.. لا يثبت بمجرّد قبوله إلا بإعتاق واحد من هذه الثلاثة؛ لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق، فلا بد من تنفيذ واحد من الثلاثة. كذا عن الإمام العتابي.

وعلّله في «الهداية»: بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق، وهذا صحيح. انتهى.

يعني: أن قولهم: «لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي أو القاضي» صحيح بناء على أن قوله هذا إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب، وقد عدمت بالموت، فلا بد من إعتاق من هذه الثلاثة. هكذا ذكره في «العناية».

وعلى هذا التفسير: [٥٤٣/أ] اعترض على صاحب «الهداية» بأن الأهليّة ليست بشرط إلّا عند الإضافة والتعليق، وقد وجدت عند ذلك، ثم عدمها بالموت لا يضرّ إذا وجد الشرط وهو القبول، فلا يحتاج إلى إعتاق الوارث ونحوه، ولهذا: لو جنّ بعد التعليق بشرط، ثم وجد الشرط.. وقع العتق، وكذا يعتق المدبر بعد الموت بلا إعتاق الوارث، وليس التدبير إلّا تعليق العتق بالموت.

وأجيب بالفرق بين ما نحن فيه وبين هذه المسألة: بأن الموجود في هذه المسألة بطلان أهلية المعلّق فقط، وفيما نحن فيه: الموجود ليس بطلان الأهلية فقط،

بل بطلان الأهلية وخروج محل العتق وهو العبد عن ملك المعلق إلى ملك الورثة، فلم يوجد الشرط إلّا وهو في ملك الغير، فلم يعتق بمجرد القبول ما لم يوجد الإعتاق من الوارث.

ولا يخفى عليك: أن هذا ليس دفعاً للاعتراض؛ لأن حاصل الاعتراض: أن ما علّل به من فوات أهلية المعتق لا أثر له، وما ذكر في الجواب من خروج المحلّ عن محلية عتقه:

إن كان المراد به أنه جزء المانع.. فليس بصحيح؛ للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم وقوع العتق عند وجود الشرط كما ترى في المسألة المذكورة.

وإن كان المراد به بيان المانع.. فلا يدفع الاعتراض؛ لأن حاصله: أنه علّل بما لا أثر له في عدم الوقوع، وبيان المانع لا يدفعه، فالصواب في الجواب: أن صاحب «الهداية» حيث علل بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق.. لم يبيّن أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره.

وبنى الاعتراض على فهم أنه الموت، ولكنه يجوز أن يكون مراده: أنه ليس أهلاً لإعتاقه؛ لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة، فصار أجنبياً عنه، وإذا خرج إلى ملك الورثة.. لا بد من إعتاقهم بعد وجود القبول من العبد، بخلاف المسألة المذكورة والتدبير؛ إذ لا خروج فيهما بعد فوات أهلية المعلق والمدبر إلى ملك الغير، فيعتق بمجرد وجود الشرط ولو بعد فوات الأهلية، وبهذا يندفع ما أورده في «غاية البيان»: أنه ينبغي أن يعتق بمجرد القبول بعد موت المعلق حكماً؛ لكلامٍ صدر من الأهل مضافاً إلى المحل، وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق؛ لأن الكلام صدر في حال أهليته، ولأن قبول العبد بعد الموت معتبر، وهو فرع كون الإيجاب معتبراً بعد الموت؛ فلو لم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة.. لم يبق الإيجاب معتبراً بعد الموت، فلم يبق لقبوله بعد الموت فائدة. انتهى.

وجه الاندفاع: أنه كما لا بد من صدور الكلام من أهله.. كذلك لا بد أن يكون

المحل في ملكه عند نزول العتق، ولم يوجد في ملكه عند نزوله، بل وجد في ملك الورثة، فلا بد من إعتاقهم، ثم نفي الفائدة [٥٤٣/ب] ممنوع؛ فإنّ بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث؛ فإن لم يفعل.. أعتق القاضي.

وأيضاً: لولا القبول من العبد بعد الموت.. يباع ويورث، ولا ينفذ عتق الوراث على تلك الألف.

والحاصل: أنه لما خرج بعد موت المعلق إلى ملك الورثة.. لا بد من إعتاقهم في نزول العتق، ولا يكفي مجرد وجود الشرط وهو القبول؛ لأنه وجد في ملك الغير، وهذا مذهب أكثر مشايخنا.

وقال بعض مشايخنا: إنه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على إعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي على ما صرح به في «البحر» ويشعر هذا الخلاف قول صاحب «الهداية» وهذا صحيح.

وقول الصدر الشهيد: الأصح: أنه لا يعتق بالقبول، بل لا بد من إعتاق الوارث.

أقول وبالله التوفيق: إنّ ما ذهب إليه بعض المشايخ قوي من حيث الدراية؛ لأن خروجه إلى ملك الورثة بعد موته؛ إن أرادوا به الخروج بعد قبول العبد.. فهو أول المسألة، وإن أرادوا به الخروج قبل العلم بقبوله.. قلنا ممنوع، بل هو متوقف على تحقق عدم قبوله في مجلس العلم بموته.

فإن قيل: إذا لم يخرج إلى ملك الورثة وقد خرج عن ملك المعلق بالموت.. يلزم السائبة وهو منتف.

قلنا: خروجه عن ملكه بالموت ممنوع، لم لا يجوز أن يبقى في حكم ملك الميّت إلى أن تحقق عدم قبول العبد كسائر ما هو من حوائج الميت من تجهيزه وتكفينه وتنفيذ وصايا؟

والحاصل: أنه باق في حكم ملك الميت إلى أن يتحقق القبول أو عدمه؛ فإن

قبل في مجلس علمه بالموت.. عتق، فخرج عن ملك المعلق، وإن لم يقبل.. خرج عن ملك المعلق إلى ملك الورثة، وسنذكر ما يؤيد هذا في أول باب التدبير.

هذا، ولقائل أن يقول: إن قوله: «أنت حرّ بعد موتي بألف أو على ألف» معنى قوله: أنت مدّبر بألف أو على ألف، وقد اتفقوا فيه أن الإيجاب والقبول في الحال، إلا أنه لا يجب المال فيه لقيام الرق في المدبر؛ لأن التدبير إنما يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية، فيكون الرق قائماً فيه، والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، فلا يجب المال.

بخلاف قوله: «أنت حرّ بعد موتي بألف»؛ لأنه يوجب حقيقة الحرية، فيجب المال في مقابلته عند قبوله؛ فإذا كان هذا معنى ذاك.. فينبغي أن يكون الإيجاب في: «أنت حر بعد موتي بألف» أيضاً في الحال حتى يكون القبول فيه أيضاً في الحال، فلا يتأخر إلى ما بعد الموت، فيكون مدبراً في الحال على ما صرّح به في «الزيلعي»؛ فإنه قال: لو قال: أنت حر على ألف درهم بعد موتي.. يعتبر القبول في الحال؛ فإذا قبل.. صار مدبراً، ولا يجب المال. انتهى.

ولا فرق بين تقديم ذكر المال وتأخيره على ما صرّح به في «البحر».

أجيب عنه في «النهاية»: بالفرق بأنه قابل الألف: في «أنت مدبر على ألف» لحق الحرية، وحق الحرية متحقق قبل الموت، فاعتبر القبول فيه في الحال.

وفي: «أنت حرّ بعد موتي [٥٤٤/أ] بألف» قابل الألف بحقيقة الحرية، وحقيقة الحرية بعد الموت، فيعتبر القبول أيضاً بعد الموت.

وردّ بأن التدبير ليس معناه إلّا الإعتاق المضاف إلى ما بعد الموت، وذلك هو الثابت في كلّ من قوله: «أنت مدبر» أو «أنت حر بعد موتي» بلا فرق، بل المعنى واحد دلّ عليه بلفظ مجمل ومفصّل؛ كلفظ الحد والمحدود، ثم يثبت حقّ الحرية فرعاً عن صحة تلك الإضافة التي هي التدبير، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء، فلم يتحقق الفرق؛ فالأولى في الجواب أن يقال:

وَلَو حَرَّرهُ على أَن يَخْدِمَهُ سنةً فَقبلَ.. عَتَقَ، وَعَلِيهِ أَن يَخْدِمَهُ تِلْكَ الْمدَّةَ.

إن قوله «أنت حرّ بعد موتي بألف» تصرف يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر جانب اللفظ.

وليس في قوله: «أنت مدبّر على ألف» إضافة الحرية إلى ما بعد الموت، فلا يشترط القبول بعده.

وفي: «أنت حر بعد موتي بألف» أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً، فيشترط القبول بعده.

وفي «فتح القدير» عن أبي حنيفة في «نوادر بشر»: أنه لا فرق بين «أنت مدبر على ألف» وبين «أنت حر بعد موتي على ألف» في كون القبول بعد الموت فيهما؛ وكذا في «البحر» عن «الخانية»، فتلخص من هنا ثلاثة أقوال في هاتين المسألتين:

أحدها: الفرق بينهما بكون القبول: في الحال في «أنت مدبر»، وبعد الموت في: «أنت حرّ بعد موتي».

وثانيها: كون القبول فيهما في الحال كما في «الزيلعي».

وثالثها: كون القبول فيهما بعد الموت كما في «فتح القدير».

(**ولو حرّره على أن يخدمه سنة فقبل**) العبد (**..عتق**)؛ لوجود ما يتعلق به العتق، وهو قبول العوض، وهو الخدمة مدة معينة، (**وعليه أن يخدمه تلك المدة**)؛ لأنه يصلح عوضاً؛ لأن المنفعة تأخذ حكم المالية بالعقد، ولهذا صلحت صداقاً مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأبضاع بالأموال؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾؛ فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم.

قيد الخدمة بالمدة المعينة؛ لأنه لو حرّره على خدمته من غير مدة.. عتق، وعليه أن يرد قيمة نفسه؛ لأن الخدمة مجهولة.

ولو حرّره على خدمته مدة معينة وقبل العبد، وعتق وكان له زوجة وأولاد.. فينبغي أن يشتغل بالاكتساب لأجل الإنفاق على نفسه وعياله إلى أن يستغني عن

فَإِن مَاتَ الْمولى قبلَهَا.. لزِمَهُ قِيمَةَ نَفسِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: قِيمَةُ خِدمَتِهِ.

الاكتساب، فيؤخر المولى إلى الميسرة؛ لأنه الآن معسر عن أداء البدل، فصار كما إذا أعتقه على مال ولا قدرة له عليه؛ فإنه يؤخر إلى الميسرة.

وفي قوله: «على أن يخدمه» إشارة إلى أنه لو قال: إن خدمتني كذا مدة فأنت حر.. لا يعتق حتى يخدمه، والفرق بينهما: أن هذا معلّق بشرط، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه معاوضة لا معلق بشرط. كذا في «البحر».

(**فإن مات المولى قبلها**) أي قبل الخدمة (**.. لزمه**) - أي: لزم العبد - (**قيمة نفسه**) في قول أبي حنيفة آخراً، وهو قول أبي يوسف.

(**وعند محمّد**) وهو قول أبي حنيفة أولاً: (**قيمة خدمته**)؛ لأن الخدمة بدل ما ليس بمال [٥٤٤/ب] وهو العتق، ولا قيمة له، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته، فوجب تسليم قيمتها.

ولهما: أن الخدمة بدل مال؛ لأنها بدل نفس العبد، لكن البدل لما تعذر تسليمه.. وجب تسليم المبدل وهو العبد، ولكن لا يمكن تسليمه؛ لأن العتق لا يقبل الفسخ، فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك.

وفي قوله: «قبلها».. إشارة إلى أنه لو خدم بعض المدة كستة أشهر من سنة، ثم مات.. فعلى قولهما: عليه نصف قيمتها، وعلى قول محمد: عليه قيمة خدمة ستة أشهر باقية. كذا في «البحر».

واعلم: أن هذا الخلاف جار بعينه فيما إذا مات العبد قبل الخدمة المضروبة، فيؤخذ من تركة العبد على ما صرّح به في «الزيلعي».

وبنوا هذا الخلاف على الخلاف في المسألة الّتي تتلوها، وهي ما ذكرها بقوله: «وكذا لو باع المولى العبد من نفسه بعين». انتهى.

وَكَذَا لَو بَاعَ الْمولى العَبْدَ مِن نَفسِهِ بِعَينٍ فَهَلَكَتْ قبلَ الْقَبْضِ.. يلْزمُهُ قيمَةُ نَفسِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: قيمَةُ الْعينِ.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: إنّ بناء الخلاف في هذه المسألة على الخلاف في المسألة الآتية ليس بأولى من عكسه، بل الخلاف فيها ابتدائي. انتهى.

قلت: هذا التعقب في موقعه؛ لأن وجه الطرفين في كل من المسألتين واحد على ما سيظهر عليك.. فلا يصلح أن يكون أحدهما مبنياً والآخر مبنياً عليه.

ثم إنهم سوّوا بين موت المولى وموت العبد في الحكم المذكور، وقد طعن فيه عيسى وقال: هذا غلط فيما إذا مات المولى، بل تأخذه الورثة بما بقي من الخدمة؛ لأن الخدمة دين عليه، فيخلفه الورثة بعد موته؛ كما لو أعتقه على ألف درهم، فاستوفى بعضها ومات.

ولكن في ظاهر الرواية: لا فرق بينهما؛ لأن الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث، فلا يمكن إبقاء عين المنفعة بعد موت المولى؛ أو: لأن الناس يتفاوتون فيها؛ فإن خدمة الفقراء أسهل من غيرهم، وخدمة الشيخ أصعب من خدمة الشاب، وقد يكون الورثة كثيرين، فخدمة الواحد أسهل من خدمة الجماعة. كذا في «الزيلعي» و«البحر».

(وكذا لو باع المولى العبد من نفسه بعين) كالجارية المعينة أو الثوب المعين، **(فهلكت)** العين **(قبل القبض)** أو استحقت أو ردت بعيب فاحش، وأما إن ردت بعيب يسير.. فالحكم فيه كذلك عندهما، وقال محمد لا يقدر على ردها بعيب يسير على ما في «فتح القدير».

(يلزمه قيمة نفسه) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(وعند محمد: قيمة العين)** له: أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق؛ لأن سعي العبد من نفسه إعتاق، وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل قيمة، فيجب قيمة البدل.

وَمن قَالَ لآخرَ: «أَعتِقْ أَمَتَكَ بِأَلفٍ على أَن تزوِّجَنيها» فَفعلَ وأبت أَن تتزوَّجَهُ.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَلَو ضمَّ: «عنِّي».. قُسِمَ الْألفُ على قيمتِهَا وَمهرِ مثلِهَا، وَلَزِمَهُ حِصَّةُ الْقيمَةِ، وَسقطَ مَا يخصُّ الْمهْرَ.

ولهما: أن العين بدل نفس العبد بالعتق، فيجب تسليم قيمته، ومن هنا ظهر وجه ما مر من «فتح القدير»: من أن بناء الخلافية السابقة على هذه الخلافية ليس بأولى من عكسه.

(**ومن قال لآخر: أعتق أمتك بألف**)، أو على ألف (**على أن تزوجنيها ففعل وأبت**) الجارية (**أن تتزوجه.. فلا شيء عليه**)، أي: على الآمر؛ لأن العتق واقع على المأمور، بخلاف ما [٥٤٥/أ] إذا قال لغيره: طلق امرأتك علي ألف على ففعل؛ فإنه يجب الألف على الآمر؛ لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز، ولا يجوز في العتاق على ما ذكر في مسألة خلع الأب صغيرته.

وفي أواخر كتاب الإعتاق من أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لها بالطّلاق، بخلاف العتاق؛ فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك، فكان المال في مقابلة ذلك، وليس الأجنبي فيه كالعبد؛ فإنه لا يثبت له به شيء أصلاً، فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري.. فلا يجوز.

(ولو ضمّ «عنّي») بأن قال: أعتق أمتك عنّي بألف على أن تزوّجنيها ففعل وأبت (.. **قسم الألف على قيمتها ومهر مثلها ولزمه**)؛ أي: الآمر (**حصة القيمة، وسقط ما يخص المهر**)؛ لأن العتق ههنا وقع عن الآمر؛ لأنه لما قال: «عنّي».. تضمّن الشراء بطريق الاقتضاء، فوقع العتق على ملكه على ما في «الأصول»، فلزمه مقابلة الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحاً، فانقسم عليهما، فوجب حصّة ما سلّم له وهو الرقبة، وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع.

فإن قيل: إن هذا البيع فاسد؛ لأنه بيع بما يخص الأمة من الألف لو قسم عليها

وعلى منافع بضعها وهو فاسد؛ ولأنه إدخال صفقة النكاح في صفقة البيع وهو فاسد، والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض، ولا قبض ههنا.. فلا ملك، فيجب أن لا يقع العتق عن الآمر؛ لعدم ملكه مع أنه واقع عنه.

قلت: إن المقتضى يثبت فيه ما لا يحتمل السقوط أصلاً، ويسقط عنه ما يحتمله، حتى سقط القبول في البيع لسقوطه في البيع بالتعاطي، فكذا يسقط القبض في البيع الفاسد الذي ثبت بطريق الاقتضاء؛ لاحتماله السقوط إلحاقاً له بالبيع الصحيح.

توضيحه: أن المقتضى يثبت شرطاً للمقتضي وتابعاً له، حتى يثبت بشروط المقتضي لتبعيته له لا بشروط نفسه؛ فإن الشيء إذا ثبت تبعاً للغير.. تعتبر شرائط المتبوع في ثبوته لا بشرائط نفسه إظهاراً للتبعية، وعلى هذا الأصل قالوا: إن العبد والمرأة والجندي يصيرون مقيمين في المفازة بنية المولى والزوج والسلطان في موضع النية لا بنية أنفسهم؛ لكونهم أتباعاً لهم.

وقالوا أيضاً فيما نحن فيه وفي «أعتق عبدك عني بألف»: إن المعتبر في الآمر أهلية الإعتاق لأهلية البيع، حتى أن الصبي المأذون له في التصرفات لا يثبت له البيع بهذا الكلام؛ لعدم أهلية الإعتاق، وإن كان أهلاً للبيع.

وقالوا أيضاً: لا يشترط القبول من الآمر، ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب؛ لعدم ثبوتها شرطاً في الإعتاق؛ فإذا عرفت هذا - أي أن المقتضى يعتبر بشرائط المتبوع في ثبوته لا شرائط نفسه - فالبيع الفاسد فيما نحن فيه يعتبر بشرائط العتق في ثبوته؛ لكونه تابعاً [٥٤٥/ب] له لا شرائط نفسه، فيسقط عنه شرط القبض؛ لعدم اعتبار القبض في العتق.

فإن قيل: إنّ العامل في سقط شرط المقتضي وهو التبعّية إنما يعمل في محلّ قابل للسّقوط؛ لأن قابليّة المحلّ شرط تأثير المؤثر، والقبض في البيع الفاسد شرط لا يحتمل السقوط كما في الهبة.

قلنا: إن البيع الفاسد بالنظر إلى أصله مشروع كالصَّحيح وإن لم يكن بحسب الوصف مشروعاً؛ فاحتمل سقوط الوصف نظراً إلى أصله لإلحاقه بالبيع الجائز؛ فإن القبض ليس بشرط في البيع الجائز، فصحّ إسقاطه بالاقتضاء كما في البيع الجائز؛ فإن القبض سقط فيه لاقتضاء، بل كلّ من الإيجاب والقبول سقط منه بالاقتضاء لاحتماله السقوط فيه؛ كما في البيع بالتعاطي.

وإذا قال: بعتك هذا الثوب فاقطعه، فقطعه ولم يتكلم.. صحّ، بناء على جواز سقوط القبول، وقد وجد فيه الشطر الآخر وهو الإيجاب، بخلاف الهبة؛ فإن القبض والقبول فيها شرط لا يحتمل السقوط أصلاً؛ لقوله ﷺ: «لا تصحّ الهبة إلّا مقبوضة»، فلا يقاس عليها ما يحتمل السقوط كما نحن فيه، وهذا حجّة على أبي يوسف والشافعي فيما ذهبا إليه فيما إذا قال: أعتق عبدك عنّي ولم يذكر المال، من أنّ الأمر يصح، ويقع العتق عن الآمر بناء على الأصل المذكور، من أن المقتضى يثبت بشروط المقتضي لا بشروط نفسه، فيجوز أن يثبت الملك ههنا بطريق الهبة اقتضاء فيصح العتق عن الآمر؛ لأن ثبوت الملك بطريق الهبة لما كان بالاقتضاء.. سقط عنه القبض الواجب في الهبة مثل سقوط القبول في البيع.

قلنا: إن شروط المقتضى إنما تسقط بعلة التبعيّة فيما يحتمل السقوط كما في البيع، لا فيما لا يحتمل السقوط كما في الهبة على ما ذكرناه، فيقع العتق في: أعتق عبدك عنّي بغير ذكر المال عن المأمور لا عن الآمر؛ لعدم صحة الأمر، بما ذكرنا من الجواب الموضح عن السؤال المذكور.

حصل الاستغناء عما ذكره في «العناية» نقلاً عن الإمام السرخسي في الجواب عن السؤال المذكور من: أن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق، فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض، ثم يجعل قبضها قبضاً للمولى، وأدنى القبض: يكفي في البيع الفاسد. انتهى.

وَلَو تزوَّجتهُ.. فحصَّةُ الْمهْرِ لَهَا فِي الْوَجْهَيْنِ، وَحِصَّةُ الْقيمَةِ للْمولى فِي الثَّانِي، وهَدَرٌ فِي الأَوَّلِ.

(ولو تزوجته) أي: لو زوجت الأمة نفسها منه (.. فحصة المهر) من الألف (لها في الوجهين) أي: فيما إذا ضم إليه «عني» وفيما إذا تركه، وهذا لأن حصّة المهر مهر مثلها.

(وحصة القيمة للمولى في الثاني)؛ أي: فيما ذكر فيه «عني».

(وهدر في الأول) أي: فيما ترك فيه «عني»؛ لعدم صحة الضمان فيه.

ولو أعتق أمته على أن تزوجه نفسها، فزوجته نفسها.. كان لها مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن العتق ليس بمال، فلا يصلح للمهر، وعند أبي يوسف يجوز؛ لأن النبي ﷺ أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها.

قلنا: ذلك من [٥٤٦/أ] خواص النبي ﷺ.

وإن أبت.. فعليها قيمتها لمولاها بالاتفاق، وكذا لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها؛ فإن فعل.. فلها مهرها عليه، وإن أبى.. فعليه قيمته لها.

* * *

(بَابُ التَّدْبِيرِ)

....

(بَابُ التَّدْبِيرِ)

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة.. شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت.

وجه الترتيب: ظاهر.

وهو في اللغة: النظر إلى عاقبة الأمر.

وفي الشريعة: إيجاب العتق الحاصل بعد الموت بألفاظ تدل عليه صريحاً أو دلالة.

والمراد بالموت ههنا: موت المولى؛ لأن تعليق العتق بموت فلان، أو موت فلان مع موت المولى، أو موت العبد.. ليس بتدبير - نحو: إن مات فلان.. فأنت حرّ، أو إن مت وفلان.. فأنت حرّ أو إن متُّ بالخطاب.. فأنت حرّ - بل من قبيل تعليق العتق بسائر الشروط من دخول الدار ونحوه؛ فإن مات فلان.. عتق من جميع ماله، وكذا إن مات العبد.. عتق في جزء من قبيل موته.

وشرطه: الملك، فلا يصح التّدبير من المكاتب؛ لأنه إنما يملك يدا لا حقيقة.

والبلوغ والعقل، فلا يصح تدبير الصبي والمجنون، وأما السكران والمكره.. فتدبيرهما صحيح عندنا كإعتاقهما.

ولو قال العبد أو المكاتب: إذا أعتقت فكلّ مملوك أملكه حرّ، فعتق فملك مملوكاً.. عتق؛ لأنه مخاطب وله قول معتبر، وقد أضاف العتق إلى ما بعد حقيقة الملك له.. فيصح، ويكون عند وجود الملك كالمنجز له، بخلاف ما لو قال: كل مملوك أملكه إلى خمسين سنة فهو حر، فعتق قبل ذلك فملك.. لا يعتق عند أبي حنيفة.

وقالا: يعتق. كذا في «فتح القدير».

الْمُدبَّرُ الْمُطلقُ: مَن قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إِذا مِتُّ.. فَأَنتَ حرٌّ، أَو أَنْتَ حُرٌّ عَن دُبُرٍ مِنِّي، أَو يَوْمَ أَمُوتُ، أَو مَعَ موتِي، أَو عِنْدَ موتِي، أَو فِي موتِي، أَو أَنْتَ مُدبَّرٌ، أَو قد دبَّرتُكَ، أَو إِن متُّ إِلَى مائَةِ سنةٍ وَغلبَ مَوتُهُ فِيهَا، ....

وفيه أيضاً: أن ما ذكرناه من اشتراط البلوغ والعقل إنما هو في تدبير المالك، وأما في تدبير الوكيل.. فلا.

وفي «المبسوط»: لو قال لصبيّ أو مجنون: دبر عبدي إن شئت، فدبّره.. جاز.

وركنه: الألفاظ الدالة على معناه.

وصفته: على نوعين أيضاً: مطلق ومقيد.

فأشار إلى الأوّل بقوله : (المدبر المطلق مَن قال له مولاه: إذا مت فأنت حرّ، أو أنت حرّ عن دبر مني، أو يوم أموت، أو مع موتي، أو عند موتي، أو في موتي، أو أنت مدبر، أو قد دبرتك)، ولا حاجة فيهما إلى الإضافة إلى الموت؛ لأنهما صريحان، **(أو إن مت على مائة سنة)** - أي: أنت حرّ إن مت على مائة سنة - **(وغلب موته فيها)** بأن كان ابن ثمانين سنة.

قال في «الهداية»: إذا قال: إن مت إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إليها في الغالب.. فإنه كالكائن لا محالة، فيكون تدبيراً مطلقاً.. فلا يجوز بيعه.

وقال في «فتح القدير» و«العناية»: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة في «المنتقى».

وقال «قاضي خان»: على قول أصحابنا: مدبر مقيّد.

وكذا ذكره في «الينابيع» و«جوامع الفقه»؛ لأنه لم يخرج عن التعيين.

وعلى قول الحسن: ذكر ما لا يعيش إليه غالباً تأبيد معنى، وهذا كالخلاف في النكاح المؤقت إذا سمّيا مدّة لا يعيشان إليها غالباً.. صحّ النكاح عند الحسن؛ لأنه تأبيد معنى [٥٤٦/ب]، والمذهب: أنه توقيت.

أَو أوصيتَ لَكَ بِنَفْسِكِ، أَو برقبتِكَ، أَو بِثلثِ مَالِي.. ....

وكلام صاحب «الهداية» ههنا يناقض كلامه في النكاح؛ فإنه اعتبر هذا في النكاح توقيتاً، وههنا اعتبره تأبيداً موجباً للتدبير المطلق.

(أو أوصيت لك بنفسك، أو برقبتك، أو بثلث مالي).

واعلم: أن الألفاظ المذكورة ههنا كلها صرائح في التدبير لا يحتاج فيها إلى النية؛ فإن التدبير إثبات العتق عن دبر، وهذه الألفاظ تقيد ذلك بالوضع، فيكون صريحاً على ما في «فتح القدير».

فإن قيل: قال في «العناية»: إن قوله: «دبرتك» أو «أنت مدبر» صريح، وقوله: «إذا مت فأنت حر» أو «أنت حر مع موتي» أو «في موتي» و«أوصيت لك بنفسك» أو «برقبتك» أو «بعتقك» أو «بثلث ما لي».. ليس بصريح، بل دلالة في التدبير، فلا يصح القول بأن كلّها صريح.

قلنا: المراد بالصريح ما يقابل الكناية لا ما يقابل الدلالة، والدلالة غير الكناية، وإنما كانت هذه الألفاظ مطلقة لعدم التقييد بصفة تفيد التقييد المعتبر في المدبر المقيد على ما سيأتي ذكره.

والحاصل: أن ألفاظ المطلق على أربعة أنواع:

الأول: ما يكون بلفظ إضافة؛ نحو: «أنت حر عن دبر مني» أو «يوم أموت» أو «عند موتي» أو «حرّرتك» أو «أعتقتك» أو «أنت حرّ» أو «معتق بعد موتي»، والمراد باليوم مطلق الوقت؛ لأنه قرن بما لا يمتد من الفعل، ولو نوى به النهار فقط.. لا يكون مدبراً مطلقاً؛ لجواز أن يموت ليلاً، يعني: يجوز بيعه؛ فإن لم يبعه حتى مات.. عتق المدبر.

والثاني: بلا إضافة؛ نحو: «أنت مدبر» أو «قد دبّرتك»، وروى هشام عن محمّد: إذا قال: أنت مدبر بعد موتي.. يصير مدبراً في الحال؛ لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته، فكان هذا، وأنت حر بعد موتي سواء.

والثالث: ما يكون بلفظ التعليق كـ«إن مت» أو «إذا مت» أو «متى مت» أو «حَدَثَ فيَّ حَدَثٌ، أو حادث فأنت حر»؛ لأن الحدث والحادث تعورف في الموت؛ وكذا «أنت حر مع موتي» أو «في موتي»؛ فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن «مع» و«في» تستعار في معنى حرف الشرط. كذا في «فتح القدير».

فاستفيد منه أنهما لو حملا على معناهما الحقيقي.. لكانا من النوع الأوّل ولا يصار إلى المجاز عند إمكان الحقيقة.

والرابع: ما يكون بلفظ الوصية نحو: «أوصيت لك بنفسك» أو «رقبتك»؛ لأن العبد لا يملك نفسه؛ فكانت الوصيّة به وصية بالعتق، وكذا لو أوصى له بثلث ماله بأن قال: أوصيت لك بثلث مالي؛ لأن رقبته من ثلث ماله، فكان موصى له بثلث رقبته وهو يملك بعد الموت، فكان إعتاقاً له بعد الموت؛ فكأنه قال: أنت حر بعد موتي، بخلاف ما لو قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر حيث لا يكون مدبراً وله أن يبيعه؛ فإنه ما علّقه بمطلق الموت، بل بمضي يوم بعده، فيكون وصية بالإعتاق.. فلا يعتق بعد موت المولى إلا بإعتاق الوارث أو الوصي على ما نص عليه في «الذخيرة» و «فتح القدير» عن «نوادر [٥٤٧/أ] ابن سماعة».

وفي «الإسبيجابي»: إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي.. فللوارث أن يعتقه تنجيزاً أو تعليقاً، والوصي لا يملكه إلّا تنجيزاً، ولو أعتقه عن كفارته عن الميت دون الكفارة.. قالوا: إنه لو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت؛ فإن نوى بقوله: «إن شئت» المشيئة السّاعة، فشاء العبد ساعته.. فهو حرّ بعد موته من الثلث؛ لوجود شرط التدبير، فيصير مدبراً، وإن نوى المشيئة بعد الموت؛ فإذا مات المولى فشاء العبد عند موته.. فهو حرّ لوجود، لا باعتبار التدّبير.

وفي «فتح القدير»: إن الشيخ أبا بكر الرازي كان يقول: الصحيح: أنه لا يعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصي؛ لأنه لما لم يعتق بنفس الموت.. صار ميراثاً، فلا يعتق بعده إلا بإعتاق منهم، ويكون هذا وصيّة يحتاج إلى تنفيذها؛ كما لو قال:

فَلَا يجوزُ إِخْرَاجُهُ عَن مِلكِهِ إِلّا بِالْعِتْقِ، ....

أعتقوه بعد موتي إن شاء، وهو نظير ما تقدم من أنه لو قال: أنت حرّ بعد موتي بألف.. فإنه لا يعتق إلّا بإعتاق منهم على ما فصّلناه، فعلى ما ذكره الرازي: لا فرق بين مسألة المشيئة وبين قوله: «أنت حر بعد موتي بيوم» في أنه لا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي.

ومن مشايخنا من فرق بينهما فقال: إذا أخر العتق في قوله: «أنت حر بعد موتي بيوم» عن موته بزمان ممتد بيوم، وتقرر ملك الوارث فيه في ذلك الزمان.. علمنا أن مراده: الأمر بإعتاقه، فلا يعتق ما لم يعتقوه.

وأما في مسألة المشيئة: فمشيئة العبد تتصل بموت المولى؛ لأن المعتبر وجود المشيئة منه في مجلس موته أو علمه بموته، كما يتقيد بمشيئته في حياته بمجلس التفويض إذا كان بهذا اللفظ؛ فإذا اتصل بموته قبل تقرر الملك للوارث.. فيعتق بإعتاق المولى، ولا حاجة إلى إعتاق الوارث، ومن هنا: ظهر قوة قول بعض مشايخنا في قوله: «أنت حر بعد موتي بألف» من أنه يعتق بقبوله بعد الموت، ولا حاجة فيه إلى إعتاق الوارث على ما ذهب إليه أكثر مشايخنا كما تقدم، وهذا هو ما وعدناه ثمة بذكر ما يؤول قول بعض مشايخنا، وهذا لأن زمان القبول كزمان المشيئة في أنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته.

ثم اعلم: أنه ينبغي في التعليق أن يفصل؛ فإن علقه بشرط من جهة نفسه، ثم لم يفعله، أو بمضي زمان طويل، أو على فعل العبد وهو مما يتعذر أو يتعسر عليه.. لا يلزم العبد توقُّفه عليه، بل إن شاء.. رفع الأمر إلى القاضي لينجز عتقه. كذا في «فتح القدير».

ثم شرع في بيان أحكام المدبر المطلق فقال: (**فلا يجوز إخراجه**) أي: المدبر المطلق (**عن ملكه**) بالبيع أو الهبة أو الصدقة أو المهر أو الرهن، حتى لو باعه.. بطل بيعه، (**إلا بالعتق**) كما في المكاتب، والعتق هنا: أعم من العتق بلا بدل، أو بكتابة، أو عتق على مال؛ لما صرّحوا: أن التدبير لا ينافي ورود عقد الكتابة عليه، فلو كاتب

مدبّره؛ فإن أدّى بدل الكتابة في حياة المولى.. عتق، وإن لم يؤدّ في حياته [٥٤٧/ب] ومات المولى؛ فإن خرج من الثلث.. عتق بالتّدبير وسقط عنه بدل الكتابة، وإن لم يكن له مال غيره.. يعتق ثلثه بالتّدبير، ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمّد: سقط عنه ثلث بدل الكتابة أيضاً؛ قياساً على ما لو كاتبه أوّلاً، ثم دبّره، ثم مات ولا مال له سواه؛ فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة كما عتق ثلثه بالتّدبير.

ولهما: أنّ بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير، أعني: ثلثاه؛ لأنه يستحق ثلثه بالتدبير؛ كما لو طلق زوجته واحدة، ثم طلقها ثلاثاً بألف.. كانت الألف كلّها بإزاء الطلقتين.

وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى.. لا يسقط عنه شيء.

بخلاف ما لو كاتبه أولاً؛ لأن بدل الكتابة هنا بمقابلة جميع الرقبة؛ فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت.. سقطت حصته من بدل الكتابة.

هذا؛ **فإن قيل:** إنه لو قال: كلّ مملوك أملكه فهو حرّ بعد موتي، وله مماليك واشترى مماليك أخرى، ثم مات.. فإنهم يعتقون، فكان عتقهم معلّقاً بمطلق موت السيد، ثم إنه لو باع الذين اشتراهم.. صحّ ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلّا عند الموت.

أجيب: بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم: تعتبر يوم الموت، وبالنسبة إلى الموجود: تعتبر عند الإيجاب؛ كما لو أوصى لأولاد فلان وله ثلاثة أولاد، فمات واحد منهم ..بطل ثلث الوصية؛ لأنها تناولتهم بعينهم، فبطل بموت أحدهم حصته، ولو لم يكن له ولد فولد ثلاثة أولاد، ثم مات أحدهم، ثم مات الموصي.. كان الكل

للاثنين؛ لأن الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الإيجاب، فتناولت من يكون موجوداً عند الموت هذا عندنا.

وقال الشافعي: يجوز بيع المدبر وهبته نقلاً وعقلاً:

أما النقل: فلما في «الصحيحين»: أنّ رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فاحتاج، فباعه النبيُّ ﷺ بثلاث مائة درهم، ثم أرسل ثمنه إليه.

وفي رواية النسائي: وكان عليه دين فاحتاج، فباعه رسول الله ﷺ فأعطاه ثمنه، فقال: «اقض دينك».

وأما العقل: فلأنَّ التّدبير تعليق العتق بالشرط، فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء رأس الشهر؛ وكما في المدبر المقيد، ولأن التدبير وصية، حتى يعتبر من الثلث، والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره؛ كما لو أوصى برقبته لإنسان.

ولنا: نقل وعقل أيضاً:

أما النقل: فما رواه نافع عن ابن عمر واحتج به الطحاوي وغيره من الأئمة: أن المدبر لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وهو حر من الثلث، روي مرفوعاً وموقوفاً، فعلى رفعه: فالاحتجاج به ظاهر، وعلى وقفه: إن قلنا: بوجوب التقليد بقول [٥٤٨/أ] الصحابي.. فالاحتجاج ظاهر أيضاً وعلى تقدير عدم وجوب تقليده.. يجب أن يحمله على السماع من الشارع؛ لأن منع بيعه على خلاف القياس؛ لأن التدبير لم يوجب زوال الرق عنه، فبيعه مستصحب رقه، فمنعه مع عدم زوال الرق منه وعدم اختلاطه بجزء المولى كما في أمّ الولد: خلاف القياس.. فيحمل على السماع.

وأما العقل: فلأن التدبير سبب الحرية؛ لأن الحرية تثبت بعد الموت.. فلا بدّ لها من سبب، ولا سبب غيره؛ فإما أن يكون سبباً في الحال أو بعد الموت، لا جائزَ أن يكون بعد الموت؛ لأنه حال بطلان الأهلية، فلا يمكن تأخير السببية إليه؛ ولأنه

في الحال موجود وبعد الموت معدوم؛ لأنه عرض لا يبقى، فتعين أن يكون سبباً في الحال؛ فإذا تعين سببه في الحال.. لا يجوز إبطاله بالبيع والهبة وغيرهما.

فإن قيل: لا نسلم أنه سبب في الحال؛ لأنه تعليق العتق بالموت، وليس في التعليقات شيء من السبب ثابتاً في الحال قبل وجود الشرط، وإنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط على ما هو المذهب عندنا في سائر التعليقات.

قلنا: القياس في سائر التعليقات أن تكون أسباباً في الحال أيضاً، لكن المانع عن السببية في الحال قائم في سائر التعليقات وهو كونها يميناً؛ لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم؛ فإن المقصود من اليمين هو المنع عن تحقيق الشرط، وما كان مانعاً عن تحقيق اللازم الذي هو الشرط.. كان مانعاً عن تحقيق الملزوم الذي هو الحكم، وما كان مانعاً للحكم.. لا يمكن أن يكون سبباً له فصفة كون التعليق يميناً.. تمنع من كونه سبباً للحكم؛ كالطلاق والعتاق مثلاً.

بخلاف التدبير؛ فإنه ليس بيمين لتعليق عتقه بأمر كائن لا محالة.

فإن قيل: «أنت طالق إذا جاء غداً» تعليق الطلاق بأمر كائن لا محالة، وليس بسبب في الحال.

أجيب: بأنه إضافة لا تعليق.

فإن قيل: إن اليمين قد تعقد للحمل؛ كما في قوله: «إن تدخلي الدار فأنت طالق»، فكيف يصح القول بأن المقصود من اليمين هو المنع؟

أجيب: بأنه لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، والشرط فيما ذكرتم هو النفي، والمقصود: المنع منه، ويلزمه الحمل، فقام المانع في سائر التعليقات عن السببية في الحال.

والجواب عما رواه الشافعي: أنه لا شك أن بيع الحرّ كان يجوز في ابتداء الإسلام لما روي أنه ﷺ باع حرّاً يقال له سرق في دينه، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى:

وَيجوزُ: استخدامُهُ، وكتابتُهُ، وإِيجارُهُ.
وَالْأَمةُ تُوطَأُ، وَتُزَوَّجُ.

﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فيحتمل أن يكون بيعه ﷺ فيما رواه وقت جواز بيع الحر بدينه.. فلا يقوم حجة مع هذا الاحتمال على أنه حكاية حال، فلا يعارض ما رويناه وإن كان ما رويناه موقوفاً، وإنما يعارضه لو قال النبي ﷺ: «يباع المدبر» ولم يثبت ذلك؛ فإذا كان ذلك حكاية حال.. يحتمل: أن يكون ما باعه مدبراً مقيداً، ويحتمل: أنه باع منفعته بأن آجره لا رقبته [٥٤٨/ب].

والإجارة قد تسمى بيعاً.

وقوله: «التدبير تعليق كسائر التعليقات». قلنا: إن سائر التعليقات يمين، والتدبير ليس بيمين، واليمين مانع عن انعقاد السببية في الحال؛ على ما ذكرناه، ولأن تأخير السببية إلى ما بعد الموت غير ممكن في التدبير؛ لانتفاء أهلية الإيجاب حينئذ، وفي سائر التعليقات تأخيرها إلى زمان الشرط ممكن؛ لقيام الأهلية عنده.. فافترقا:

فإن قيل: قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها حال صحته، ثم جن عند وجود الشرط؛ فإن الطلاق واقع.

أجيب: بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية؛ كما في صورة المجنون.

وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط وقوله: ولأنه وصية له.

قلنا: نعم إنه وصية، لكن الوصية للخلافة في الحال؛ كالوراثة حينئذ، وإبطال السبب بالبيع ونحوه لا يجوز، وجواز بيع الموصي الموصى به.. إنما هو في وصية لم تكن على وجه التعليق؛ أعني الوصية المطلقة، والتدبير ليس كذلك:

(ويجوز) للمولى (**استخدامه وكتابته وإيجاره، والأمة توطأ وتزوّج**)، ولو جبراً، ومهرها للولي.

وفي «المنتقى»: المولى أحق بكسبه وإرثه ومهر المدبرة:

وولد المدبرة مدبّرٌ أيضاً.

بخلاف ولد المدبر؛ لأن ولده إما أن يكون من أمة أو غيرها، فالأول: رقيق لمولى الأمة، والثاني: يتبع الأم في التدبير والكتابة وغيرها دون الأب، فما وقع في بعض نسخ «الهداية»: «وولد المدبر مدبر مثله».. ليس بصحيح، بل الصحيح: ولد المدبرة مدّبر.

ثم الأصل هنا: أن ولاية هذه التصرفات بالملك، وهو ثابت في المدبر؛ لأن التدبير لا يثبت الحرية في الحال، وإنما يثبت استحقاق الحرية، فكان الملك فيه ثابتاً، حتى لو قال: «كل مملوك لي فهو حر».. دخل فيه المدبر.

فإن قيل: قد تقدم أن التدبير سبب في الحال، فلم تثبت الحرية في الحال، وتَخَلُّفُ المسَبَّب عن سببه التمام.. لا يجوز.

قلنا: معنى كونه سبباً في الحال: أنه سبب في الحال للحرية في المآل؛ أي بعد الموت، لا في الحال، فلا تَخَلُّف.

فإن قيل: إذا كان المسبب في المآل.. فليكن السبب في المآل أيضاً.

قلنا: قد عرفت أن ما بعد الموت ليس زمان أهلية السببية، فلو لم يكن سبباً في الحال.. لزم بطلان السببية بالكلية، واللازم باطل، فكذا الملزوم.

فإن قيل: الملازمة ممنوعة لوجود السببية حكماً بعد الموت وإن لم يوجد حقيقة؛ كما لو علق طلاق امرأته بشرط وهو صحيح ووجد الشرط في حال جنونه.. فإنه يقع الطلاق؛ لوجود السببية حكماً.

قلنا: الشيء إنما يعتبر موجوداً حكماً إذا أمكن وجوده حقيقة، ولا إمكان هنا؛ لاستحالة وجود العقل من الميت، بخلاف حالة الجنون؛ لأن المجنون أهل للتصرف في الجملة ألا ترى أنه يعتق عليه قريبه بالملك [٥٤٩/أ]، ويمكن وجود الشرط وهو أهل أيضاً.. فأمكن اعتباره حكماً، فلا يقاس عليه ما نحن فيه.

وَإذا مَاتَ سَيّدُهُ.. عَتَقَ مِن ثُلُثِ مَالِهِ.

وَإِن لم يَخرُج مِنَ الثُّلُث.. فبِحسابِهِ.

وَإِن لم يتْرُك غَيرَهُ.. سعى فِي ثُلثَيْهِ.

وَإِن استغرَقَهُ دَيْنُ الْمولى.. سعى فِي كلِّ قِيمَتِهِ.

وَلَو دبَّرَ أَحدُ الشَّرِيكَيْنِ وَضَمِنَ نصفَ شَرِيكِهِ ثمَّ مَاتَ.. ....

(**وإذا مات سيده**)؛ أي: ولو حكماً؛ بأن ارتد ولحق بدار الحرب؛ على ما في «البحر» (.. **عتق من ثلث ماله**) إن خرج من الثلث؛ لما رويناه، ولما ذكرناه: من أن التدبير وصية فيعتبر من الثلث.

(**وإن لم يخرج من الثلث.. فبحسابه**)، يعني لو كان ثلث ماله أربعون درهماً.. وقيمة العبد ثمانون درهماً يعتق نصفه ويسعى في نصفه، ولو كانت مئة وعشرين.. يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه.

(**وإن لم يترك غيره.. سعى في ثلثيه**) ويعتق ثلثه.

(**وإن استغرقه دين المولى.. سعى في كل قيمته**)؛ لأن الدَّين مقدم على الوصية، والعتق لا يمكن فسخه.. فيجب عليه رد قيمته.

واختلفوا في قيمة المدبر المطلق:

قيل: نصف قيمته قناً.

وقيل: قيمته قناً.

وقيل: قيمته قيمة الخدمة.

وقيل: ثلثا قيمته قناً، وعليه أكثر المشايخ، وهو مختار المصنف في آخر باب عتق البعض، ولا يلزم من كونه مقوَّماً جواز بيعه ونحوه.

وفائدته تظهر في هذه المسألة.

(**ولو دبر أحد الشريكين**) عبداً مشتركاً بينهما (**وضمن نصف شريكه، ثم مات..**

عَتَقَ نِصفُهُ بِالتَّدْبِيرِ، وسعى فِي نِصفِهِ، خلافاً لَهما.

والمقيدُ: مَن قَالَ لَهُ: «إِن مِتُّ مِن مرضِي هَذَا، أَو سَفَرِي هَذَا، أَو مِن مرضِ كَذَا، أَو إِلَى عشرِ سِنِينَ، أَو إِلَى مائَةِ سنةٍ وَاحْتَمَلَ عدمَ مَوتِهِ فِيهَا».. فَيجوزُ بَيْعُهُ، ....

عتق نصفه بالتدبير وسعى) العبد **(في نصفه)** عند أبي حنيفة، **(خلافاً لهما)**؛ لأن نصفه الذي ضمنه باقٍ على ملكه عنده لا عندهما؛ بناء على أن الإعتاق والتدبير يقبل التجزيء عنده لا عندهما.

ولو أعتق أحد الشريكين ودبّره الآخر معاً.. عتق العبد بالاتفاق، والمعتِق يُغَرَّم نصف قيمته قناً: عند أبي يوسف، ومدبراً: عند محمد.

له: أن تصرفهما من الإعتاق والتدبير.. نافذ في نصيب نفسه، إلا أن إيفائهما معاً متعذر.. فيغلب العتق؛ لكونه أقوى فيضمنه مدبراً.

ولأبي يوسف: أن العتق والتدبير لما لم يمكن جمعهما.. يرجح العتق من الابتداء قبل نفوذ التدبير، فبطل به التدبير.

ولما فرغ من بيان التدبير المطلق.. شرع في بيان المقيد فقال: **(والمقيد: من قال له)** سيده: **(إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو من مرض كذا، أو إلى عشر سنين، أو إلى مئة سنة واحتمل عدم موته فيها)** بأن كان ابن تسعين سنة مثلاً، .. ففي هذه الألفاظ كلها: مدبر مقيد، لا يكون العبد بها مدبراً لعدم انعقاد السبب في الحال؛ للتردد في تلك الصفات؛ إذ ربما يرجع من ذلك السفر، ويبرأ من ذلك المرض، بخلاف المدبر المطلق؛ لأنه علق عتقه بمطلق موته، وهو كائن لا محالة، فلا يكون بمعنى اليمين على ما ذكرناه، فينعقد سبباً في الحال **(.. فيجوز بيعه)**؛ أي: إذا كان مدبراً مقيداً.. يجوز بيعه وما يضاهيه؛ لعدم كونه مدبراً في الحال؛ لعدم انعقاد السبب في الحال.

وَإِن وُجِدَ الشَّرْطُ.. عَتَقَ الْمُدبَّرُ.

(وإن وجد الشرط)؛ بأن مات المولى من ذلك المرض، وفي ذلك السفر أو في عشر سنين أو في مئة سنة (..عتق) عتق (المدبر)؛ أي من الثلث؛ لأنه يثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق فيه، ففي ذلك: يصير مدبراً مطلقاً، لا يجوز بيعه، بل [٥٤٩/ب] لا يمكن.

وأما ما قبل آخر جزء من حياته.. فلم يكن مدبراً، فجاز بيعه.

وإن لم يوجد الشرط المذكور؛ بأن برىء من ذلك المرض، أو رجع من ذلك السفر ثم مات، أو مضى عشر سنين أو مئة سنة ثم مات.. لم يعتق؛ لأن الشرط الذي علق به قد انعدم.

واعترض عليه في «فتح القدير» بما إذا قال: «أنت حر قبل موتي بشهر» ومضى شهر.. فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى، مع أنه مدبر مقيد، حتى.. جاز للمولى بيعه.

والجواب عنه على ما في «البحر» عن «الظهيرية»: أنه مدبر مقيد قبل مضي الشهر؛ فإن مات المولى قبل الشهر.. يعتق كالمدبر، وإن لم يمت ومضى شهر.. ففيه اختلاف:

فذهب بعض مشايخنا: إلى أنه يصير مدبراً مطلقاً؛ لتعلق العتق بمجرد موته.

وذهب البعض: إلى أنه بقي مدبراً مقيداً؛ لتعلق العتق بموته ومضي شهر يتصل بموته؛ وعليه أكثر المشايخ، وهو الأصح؛ على ما في «المجتبى».

وجعل في «فتح القدير» كونَه مدبراً مطلقاً مذهبَ زفر؛ حيث قال: إذا قال: أنت حر قبل موتي بشهر أو يوم.. فإنه مدبر مقيد، حتى ملك بيعه، لا مدبرٌ مطلقٌ على ما ذهب إليه زفر؛ لأنه لم يوجد تعليقه بمطلق موته؛ لاحتمال موته قبل شهر، فلم تتعلق الحرية بشرط كائن لا محالة.

ولو مات بعد شهر.. قيل: يعتق من الثلث، وقيل: من جميع المال؛ على قول

أبي حنيفة يستند إلى العتق أول الشهر، وهو كان صحيحاً فيه.. فيعتق من كله.

وعلى قولهما: يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته. انتهى.

وقالوا: لو قال: «إذا مت أو قتلت فأنت حر»..

فهو مدبر على قول زفر؛ لأن عتقه تعلق بمطلق موته، حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان.

وعلى قول أبي يوسف: ليس مدبراً؛ لأنه علقه بأحد الشيئين: من الموت والقتل، والقتلُ وإن كان موتاً.. لكن الموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة، فلا يصير مدبراً، حتى يجوزُ بيعه.

وفي «فتح القدير»: وقول زفر أحسن؛ لأن التعليق في المعنى بمطلق موته؛ لأنه لا تردد في كون الكائن أحدَ الأمرين؛ من الموت؛ قتلاً أو غير قتل، فهو في المعنى: مطلق الموت كيفما كان.

والحاصل: أن التدبير المقيد: هو تعليقُ عتقهِ بموته لا مطلقاً بل مقيداً بقيد، وذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقيده بكونه في سفر أو مرض مخصوص.

والثاني: أن يقيد بكونه في مدة معينة يحتمل أن يعيشان إلى مثلها.

والثالث: أن يقيده بزيادة شيء بعد موته؛ كقوله: «أنت حر بعد موتي شهراً، وإذا مت وغسلت أو كفنت أو دفنت فأنت حر».. فيعتق إذا مات كالمدبر من الثلث استحساناً؛ لأنه يغسل ويكفن ويدفن بعد الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث.

وفي القياس: لا يكون مدبراً.. فلا يعتق بموته؛ لأنه علق عتقه بموته وشيء آخر بعده وهو الغسل والدفن.. فهو ينتقل إلى ملك الوارث بالموت [٥٥٠/أ] قبل وجود شيء آخر، فلا يعتق إلا بعتق الوارث؛ كقوله: «إن مت ودخلت الدار فأنت حر».

وأجيب عنه: بالفرق بينهما؛ بأن الغسل والتكفين والدفن متصل بموته.. فلا يتقرر ملك الوارث فيه بالموت، بخلاف دخوله الدار؛ لأنه لا يتصل بموته فيتقرر ملك الوارث فيه بالموت.

ولو علق عتقه بموت شخص آخر؛ نحو: «أنت حر بعد موت فلان».. لا يكون مدبراً، بل يكون من قبيل تعليق العتق بالشرط عند وجود الشرط؛

قال في «المبسوط»: لو قال: «أنت حر بعد موت فلان».. لم يكن مدبراً؛ لأن موت فلان ليس بسبب للخلافة في حق المولى، ووجب العتق باعتبار معنى الخلافة، فلو مات فلان والمولى حي.. عتق العبد.

وكذلك إن قال: «أنت حر بعد موتي وموت فلان» أو قال: «بعد موت فلان وموتي».. لا يكون مدبراً؛ فإن مات فلان قبل المولى.. فحينئذٍ يصير مدبراً. انتهى.

فإن كان من قبيل تعليق العتق بسائر الشروط: يجوز بيعه قبل وقوع الشرط؛ أعني موت فلان؛ كما في سائر الشروط والمدبر المقيد.

وفي «الدرر»: لو قال: «أنت حر بعد موتي بشهر» فمات بعده.. لم يعتق بالموت؛ لعدم أهلية المولى للإعتاق عند وجود المعلق به، بل يعتقه الوصي أو الوارث أو القاضي؛ لانتقال الولاية بعده إليهم. انتهى.

قلت: هذا من قبيل «إن مت ودخلت الدار فأنت حر» وقد عرفت آنفاً أنه جواب القياس.

ولو قال لجاريته: «إن تخدميني على الاستقامة فأنت مدبرتي» فظهرت خيانتها.. يجوز بيعها.

* * *

(بَابُ الِاسْتِيلَادِ)

لَا يثبتُ نسبُ ولدِ الْأمةِ مِن مَوْلَاهَا ....

(بَابُ الِاسْتِيلَاد)

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت.. وصل بينهما، ولما كان التدبير أنسب بما قبله؛ من حيث إن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد.. قدمه عليه.

والاستيلاد: مصدر «استولد» أي: طلب الولد، وهو عام أريد به خصوص، وهو طلب ولد أمته؛ أي استحقاقه.

(لا يثبت نسب ولد الأمة من مولاها) أطلق الولد فشمل: الحي، والميت، والسقط الذي استبان بعض خلقه؛ لأن كلاً من الميت والسقط المستبين الخلق: ولد؛ بدليل: أنه يتعلق به أحكام الولادة، حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة نفساء.

وشمل الحمل أيضاً؛ لأن الأمة تصير أم ولد أيضاً بثبوت نسب حمل الأمة من مولاها؛ لما في «المحيط» و«الخانية»: أنه لو قال لجاريته: «حملها مني».. صارت أم ولد له؛ لأن الإقرار بالحمل: إقرار بالولد.

وكذا لو قال: «هي حبلى مني، أو ما في بطنها من ولد، فهو مني»، ولا يقبل منه بعدها أنها لم تكن حاملاً، وإنما كان ريحاً ولو صدقته الأمة؛ لأن في الحرية حق الله تعالى، فلا يحتمل السقوط بإسقاط العبد.

بخلاف ما إذا قال: «ما في بطنها مني» ولم يقل من حمل أو ولد، ثم قال بعده: كان ريحاً، وصدقته.. لم تصر أم ولد؛ لاحتماله [٥٥٠/ب] الولدَ والريحَ.

ولو قال: «إن كانت حبلى فهو مني» فأسقطت مستبين الخلق كله أو بعضه.. صارت أم ولد.

فإن ولدت لأقل من ستة أشهر.. صارت أم ولد؛ للتيقن بحملها حينئذ، وإن ولدته لأكثر.. لم تصر أم ولد. انتهى.

إِلَّا أَن يَدَّعِيَهِ، ....

وأطلق الأمة فشمل القنة والمدبرة لاستوائهما في ثبوت النسب، إلا أن المدبرة إذا صارت أم ولد.. بطل التدبير؛ لأن أمية الولد أنفع لها؛ لأنها لا تسعى؛ على ما في «البحر» عن «البدائع».

ومراده ببطلان التدبير: أنه لا يظهر حكم التدبير بعد ذلك؛ لكونها معتقة من جميع المال، لا أنه بطل عن أصل؛ إذ لا منافاة بينهما؛ كذا في «الذخيرة».

وأطلق في المولى: **فشمل: ما إذا كان مولاها وقت الولادة، وما لا يكون**، حتى لو تزوج جارية غيره فاستولدها، ثم ملكها.. لزم ثبوت النسب منه.

وما إذا كان مالكاً كلها أو بعضها؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ؛ فإنه فرع النسب.. فيعتبر بأصله.

وشمل المولى المسلم والكافر؛ ذمياً أو مرتداً أو مستأمناً؛ على ما في «البدائع».

وأطلق كون الولد من المولى، فشمل ما إذا كان بجماع منه، أو بغير جماع منه؛ لما في «المحيط» عن أبي حنيفة: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية منيّه فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت.. فالولد ولده، والجارية أم ولده.

(**إلا أن يدّعيَه**)؛ أي الولد أو الحمل، وأما دعوى وطئها أو ما في بطنها.. فلا يعتبر بها؛ لأن المقصود وطء الإماء: قضاء الشهوة لا الولد، ولذا ضعف فراشها، والولد من ثمرات الفراش، وما في بطنها يحتمل الريح.. فلا بد من دعوة الولد أو الحمل حتى يتقوى الفراش.. فثبت.

وقال في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: وينبغي للمولى أن يُشهد على أن الجارية ولدت منه؛ خوفاً عن أن يسترق ولده بعد وفاته. انتهى.

فعلم منه: أنه إذا مات المولى ولم يُشهد أن حمل الأمة منه.. لم يثبت نسب ذلك الحمل منه.

وَإِذا ثَبتَ.. صَارَت أُمَّ ولدٍ، وَلَا يجوزُ إِخْرَاجُهَا عَن مِلكِهِ إِلّا بِالْعِتْقِ، ....

(وإذا ثبت.. صارت أم ولد) له بطريق الاقتضاء، والذي تقتضيه هذه الشرطية: أن أمومة الولد لا تثبت بدون ثبوت النسب، ولذا قالوا: لو ولدت أمة لرجل بزنى، ثم ملكها: لا تكون أم ولد له، فلا تعتق بموته؛ لأن النسب لا يثبت بالزنا.

ويرد عليه ما ذكره في دعوى الأصل: أمة بين رجلين ولدت ولداً، فقال كل واحد منهما لصاحبه: هو ابنك.. لا يكون ابن واحد منهما، وهو حر، وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما، فقد ثبتت الأمومة بلا ثبوت نسب.

أجيب عنه: بأنه قد ثبتت النسب في الجملة؛ فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه؛ ولذا كان حراً، فلم يثبت دون نسبه.

وقال في «فتح القدير»: والحق: أن ثبوت الأمومة في نفس الأمر لا يكون إلا تابعاً لثبوت النسب، وأما ثبوته ظاهراً في القضاء.. فبكلٍّ من ثبوت نسب الولد والإقرار، وإن لم يثبت. انتهى.

ولما كان المراد بأم الولد ههنا: هو المعنى الشرعي [٥٥١/أ] لا اللغوي.. شرع في بيان أحكامه، فقال:

(ولا يجوز إخراجها عن ملكه) بشيء مما يملك التمليك من البيع والهبة وغيرهما، (إلا بالعتق)؛ لقوله ﷺ لما ولدت مارية إبراهيم من النبي ﷺ وقيل: له ألا تعتقها: «أعتقها ولدها» رواه ابن عباس:

ولمَّا أخبر النبي ﷺ فيه عن إعتاقها.. ثبت بعض مواجبه، وهو: حرمة البيع ونحوه؛ لأن وجود الملزوم دليل على وجود لازمه.

فإن قيل: هذا الحديث يدل على تنجيز العتق، وعتق أم الولد مؤجل بموت المولى:

نعم، لكن عارضه قوله ﷺ: «أيما رجل ولدت أمته منه.. فهي معتقة عن دبر منه» رواه ابن عباس أيضاً.. فعملنا بهما جميعاً، فمنعنا البيع ونحوه بالحديث الأول

والتنجيزَ بالثاني؛ لأن الثاني صريح في التأجيل، ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد؛ فإنه يضاف إلى كل منهما كملا، وخلق من مائهما المختلطين بحيث لا يمكن التمييز بينهما؛ على ما مر في حرمة المصاهرة، وهذه الجزئية تمنع بيعها وهبتها؛ لأن بيع أجزاء الحر وهبتها حرام.

فإن قيل: إن تلك الجزئية لو كانت معتبرة.. لتنجز العتق؛ لأن الجزئية تقتضي تنجيزه، ولكنه ليس بمنجز، بل مؤجل إلى الموت.

قلنا: هذا إنما يرد على من يثبت الجزئية حقيقة، لكنا نثبتها حكماً بواسطة نسبة الولد إليهما.

ومقتضى ثبوتها حكماً: **حق العتق في الحال**، حتى لا يجوز بيعها وهبتها، **لا حقيقة العتق في الحال**، بل إنما تثبت حقيقة العتق بعد الموت ليثبت الحكم بقدر علته؛ أعني الجزئية؛ فإنها ضعيفة؛ لعدم ثبوتها حقيقة.

فإن قيل: لِمَ لمْ تعتبر الجزئية حقيقة؟

قلنا: إن الجزئية لا تُعلم إلا بالولد، والولد لا يُعلم إلا بالانفصال، وبعد الانفصالِ: تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة.

فإن قيل: لو كانت الجزئية سبباً لثبوت عتق الأم بعد الموت.. لكانت سبباً أيضاً لعتق الأب بعد موت الأم؛ لاستواء نسبة الجزئية بينهما، وذلك بأن تزوج عبدٌ حرةً، ثم ملكت الحرة زوجها العبد وقد ولدت منه.. يلزم على ذلك التقدير: أن يثبت لذلك الأب عتق مؤجل إلى موت تلك المرأة التي هي أم الولد، وليس الأمر كذلك.

قلنا: إن ثبوت حرية الأم بعد موت الأب: ليس حكم مطلق الجزئية، بل حكمُ جزئيةٍ مؤكدةٍ بثباتِ النسب، وهذه الجزئية: هي الجزئية المنسوبة إلى الأب، لا إلى الأم؛ لأن الأصل في ثبات النسب هو الآباء، فكذا الجزئية المبنية على ثبات يثبت

وَلَهُ: وَطؤهَا، واستخدامُها، وإِجارتُها، وتزويجُها، وكتابتُها.

وتعتِقُ بعدَ مَوتِهِ مِن جَمِيعِ مَالِهِ، ....

في حق الآباء لا في حق الأمهات.. فتعتق الأم بموت الأب، لا الأب بموت الأم التي ملكت الأب.

(وله وطؤها، واستخدامها، وإجارتها، وتزويجها، وكتابتها)؛ لأن الاستيلاد لا يُثبت حقيقة العتق منجزاً، بل إنما يُثبت حقه، فكان الملك ثابتاً من وجه.. فصار كالمدبر، وهذه التصرفات تدور على الملك، وقد وجد ذلك.

ولا يلزم في هذا التزويج الاستبراء؛ على ما في «العناية».

وقالوا: إنه مستحب [٥٥١/ب].

فإن قيل: شغل الرحم بمائه محتمل، واحتمال ذلك: يمنع جواز النكاح؛ كما في المعتدة.

أجيب: بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء، وقد وقع الشك في زوالها.. فلا يرتفع به.

بخلاف النكاح؛ فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير.. فلا يعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة، وذلك بعد العدة.

هذا: ولو زوجها فولدت لأقل من ستة أشهر.. فهو من المولى، وثبت نسبه منه، والنكاح فاسد.

ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر.. فهو ولد الزوج وإن ادعاه المولى، لكن يعتق عليه؛ لإقراره بحريته، ولم يثبت نسبه منه؛ كذا في «البحر».

(وتعتق بعد موته من جميع ماله)؛ لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب: أن النبي ﷺ حكم بعتق أمهات الأولاد، وأن لا يُبَعن في دَين، ولا يجعلن من الثلث.

ولأن الحاجة إلى الولد أصلية؛ لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه

وَلَا تسْعَى لِدَينِهِ، وَيثبتُ نسبُ وَلَدِهَا بعدَ ذَلِكَ بِلَا دَعْوَةٍ.

يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان من الحوائج الأصلية: يقدم على حق الورثة والدين؛ كالتجهيز والتكفين.

بخلاف التدبير؛ لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج.. فيعتبر من الثلث.

ثم الموت ههنا: أعم من الحقيقي والحكمي، فشمل من ارتد ولحق بدار الحرب.

والحربي المستأمن: إذا اشترى جارية في دار الإسلام فاستولدها، ثم رجع إلى دار الحرب فاسترق الحربي.. عتقت الجارية؛ على ما في «البدائع»:

(**ولا تسعى لدينه**)؛ لإطلاق ما رويناه وبيناه، ولأنها ليست بمال متقوم.

حتى لو غصبها رجل وماتت عنده.. لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة، وكذا لا يضمن عنده بالقبض في البيع الفاسد، ولا بالإعتاق؛ بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما.. لا يضمن لشريكه شيئاً، ولا تسعى هي في شيء أيضاً:

وعندهم: يضمن في جميع ذلك.

فإذا لم يضمن عنده.. فلا يتعلق بها حق الغرماء؛ كالقصاص؛ فإن من له القصاص: إذا مات وهو مديون.. ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه من القصاص؛ لأن القصاص ليس بمال متقوم.

وكذا إذا قتل المديون شخصاً.. لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص.

وكذا إذا قتل رجل مديوناً، والمديون قد عفى قبل موته.. صح عفوه، ولا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو.

(**ويثبت نسب ولدها بعد ذلك**)؛ أي بعد ثبوت نسب الولد الأول باعترافه (**بلا دعوة**)؛ لأنه بالاعتراف بالولد الأول: تعين أن المقصود وطئها هو الولد.. فصارت فراشاً له كالمنكوحة.

ولكن هذا ليس بمطلق، بل مقيد: **بما كان دعوة الولد الأول قبل ولادة الثاني**، حتى لو كانت دعوة الأول بعد ولادة الثاني.. لا يثبت نسب الثاني بدعوة الأول؛ فإن الأمة لو ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة وسكت المولى، ثم قال: «الأكبر مني».. فإنه نفى الأخيرين [٥٥٢/أ]، فإن سكوته في موضع الحاجة: نفي للولد، وبيان الأول، ليس بياناً للأخيرين؛ لاختلاف البطون؛ كما صرح به في «الأصول».

وبما إذا لم يكن وطئها حراماً عليه بعد ثبوت نسب الأول منه باعترافه؛ بأن وطئها أبوه أو ابنه، أو بوطئه أمها أو بنتها، أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة أو بشركة، فإنها لو حرم عليه وطؤها بأحد هذه الأمور بعد ثبوت نسب الأول باعترافه، ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر أو أكثر.. لا يثبت نسبها منه إلا بالدعوة أيضاً؛ لأن فراشها انقطعت منه وحرم عليه وطؤها.

وأما لو ولدت لأقل من ستة أشهر بعد عروض الحرمة عليه.. فيثبت نسبه منه بلا دعوى؛ للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة:

ولو أعتقها.. ثبت نسب ولدها إلى سنتين من يوم الإعتاق.

وكذا إذا مات؛ لأنها معتدة، ولا يمكن نفيه؛ لأن فراشها تأكد بالحرمة، حتى لا يمكن نقله.. فالتحق بفراش المنكوحة في العدة:

بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو إحرام.. فإنه يثبت نسبه منه بالسكوت بلا دعوة؛ لأن الفعل لم يحرم عليه مطلقاً ولا متعلقاً باختيارها، بل مع ذلك العارض الذي لا باختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها؛ كذا في «فتح القدير».

وعلله في «البدائع»: بأن التحريم العارض بهذه الأمور؛ أي الحيض والنفاس والصوم.. لا يغير حكم الفراش.

وَإِن نَفَاهُ. ....

هذا، ولو قال: «كنت أطأ لقصد الولد» عند مجيئها بالولد، هل يثبت به النسب بلا دعوة بأنه ولدي؟

ففي «البحر»: أنه لا يثبت النسب بلا دعوة؛ لأنه لم يعترف بالولد.

وفي «فتح القدير»: ينبغي أن يثبت النسب بلا دعوة؛ لأن ثبوته بقوله: «هو ولدي»؛ بناء على وطئه حينئذ لقصد الولد، وعلى هذا قال بعض فضلاء زماننا: ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها: أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه، وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به.. فلا حاجة أن نوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبتَ عليه نسبه، بل يثبت نسبه ابتداء، وأظن أن لا بُعْد في أن يحكم على المذهب بذلك. انتهى.

وتعقبه في «البحر»: بأنه لا يصح أن يحكم على المذهب به؛ لتصريح أهله بخلافه.

ثم قال نقلاً عن «البدائع»: الأمة القنة أو المدبرة.. لا يثبت نسب ولدها، وإن حصنها المولى وطلب الولد من وطئها بدون الدعوة عندنا؛ لأنها لا تصير فراشاً بدون الدعوة.

ثم قال: فإن أراد الثبوت عند القاضي.. فقد صرحوا أنه لا بد من الدعوة مطلقاً.

وإن أراد فيما بينه وبين الله تعالى.. فقد صرحوا بأن اشتراط الدعوة إنما هو في القضاء، لا فيما بينه وبين الله تعالى.

فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها.. يلزم أن يعترف به ويدعيه؛ [٥٥٢/ب] لأن الظاهر: أن الولد منه.

وإن عزل عنها أو لم يحصنها.. جاز له أن ينفيه.

(**وإن نفاه**)؛ أي: نفى نسب الولد الثاني، بخلاف نفي نسب الولد الأول بعد ثبوته بالإقرار.. فإنه لا ينتفي بنفيه بعد ثبوته به.

انْتَفَى.

(.. انتفى) بمجرد نفيه بغير لعان؛ لأن فراشها ضعيف، حتى يقدر على إبطاله بالتزويج والإعتاق.

بخلاف النكاح؛ فإن فراشه قوي لا يملك إبطاله، فلا ينتفي ولده إلا باللعان.

ولكن هذا ليس على إطلاقه؛ لما في «المبسوط»: أنه إنما يملك نفي نسب أم الولد إذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان، فأما بعد القضاء.. فقد لزمه بالقضاء، فلا يملك إبطاله بعده، والتطاول: دليل إقراره؛ لأنه يوجد منه في هذه المدة ما يدل على الإقرار من قبول التهنئة ونحوه، فيكون كالتصريح بإقراره؛ كذا في «العناية»:

واختلف في مدة التطاول:

قيل: سبعة أيام.

وقيل: ثلاثة أيام، وقد مر في اللعان.

وفي «البحر»: ينبغي أن يكون هذا القاضي غير الحنفي؛ لأن الحنفي ليس له الحكم من غير صريح الدعوة انتهى.

وهذا لما في «الهداية» وغيرها: أن عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوة في حكم القاضي، وأما في الديانة.. فلا؛ يعني: لا يقضي عليه القاضي بثبوت نسبه منه بلا دعوة، وأما الديانة فيما بينه وبين الله تعالى: فالمروي عن أبي حنيفة: أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظانّ ريبة الزنا.. يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع؛ لأن الظاهر والحالة هذه: كونَه منه، والعمل بالظاهر واجب.

وإن كان عزل عنها؛ حصنها أولاً، أو لم يعزل ولكن لم يحصنها، فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون.. جاز له أن ينفيه؛ لأن هذا الظاهر؛ أعني كونَه منه: يعارضه ظاهر آخر، وهو كونه من غيره، لوجود أحد الدليلين على ذلك، وهما: العزل أو عدم التحصين.

وَلَو اسْتَوْلَدهَا بِنِكَاحٍ ثمَّ مَلَكَهَا.. فَهِيَ أُمُّ ولدٍ لَهُ.

وَكَذَا لَو اسْتَوْلَدهَا بِملِكٍ ثمَّ اسْتحقَّت، ثمَّ ملكَهَا.

(ولو استولدها بنكاح) صحيح أو فاسد متأكد بالدخول؛ لأن الفاسد المتأكد بالدخول: ملحق بالصحيح؛ في ثبوت النسب وعدم جواز البيع والهبة؛ على ما في «العناية».

واحترز بالنكاح عن الاستيلاد بالزنا على ما سيأتي ذكره.

(ثم ملكها) بشراء أو هبة أو إرث؛ ملكها كلها أو بعضها؛ لما في «المحيط»: إذا ولدت الأمة المنكوحة من الزوج، ثم اشتراها هو وآخر.. تصير أم ولد للزوج، ويلزمه قيمة نصيب شريكه (..فهي أم ولد له)؛ لأن نسب ولده منه، فكذا أمومية الولد اقتضاء.

ولو ادعى المولى هذا الولد.. لا يثبت منه؛ لأن فراش الزوج قوي ثبت منه النسب، لكن الولد يعتق على المولى بإقراره وإن لم يثبت نسبه منه، وتصير أمه أمَّ ولد له لإقراره؛ على ما في «الهداية».

فإن قيل: إن أمومية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد؛ فإذا لم يثبت النسب.. كيف تثبت أموميتها؟

أجيب: بأن إقراره بالاستيلاد [٥٥٣/أ] كاف لثبوت الأمومية، وإن كان هذا الإقرار في ضمن شيء لم يثبت بعد؛ لمصادفته محله، وهو الملك، وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابتَ النسب من المولى بعلوق سَبَق النكاح، أو بشبهة بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال: غير معتبر في حق النسب؛ لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب.. فبقي معتبراً في حق الأم؛ لاحتياجها أن تصير أم ولد، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تصير أم ولد للمولى.

(وكذا لو استولدها بملك) يمين (ثم استحقت، ثم ملكها).

وقال الشافعي في أحد قوليه: إنها لا تصير أم ولد له؛ معللاً بأن أمومية الولد

بِخِلَافِ مَا لَو اسْتَوْلَدَهَا بزنىً ثمَّ ملكَهَا.

باعتبار علوق الولد حراً؛ لأنه جزء الأم في حالة العلوق، والجزء لا يخالف الكل، فيجب حرية الأم في الحال، لكنها تؤجل إلى الموت لضعف السبب؛ على ما مر، وفيما نحن فيه: ليس كذلك؛ لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة، فلو انعلق الولد حراً.. كان الجزء مخالفاً للكل.

قلنا: إن سبب الاستيلاد: هو الجزئية بينهما؛ على ما ذكر من قبل، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل واحد منهما كملا، وقد ثبت النسب.. فتثبت الجزئية أيضاً بهذه الواسطة؛ لأن وجود الملزوم دليل على وجود اللازم، وإذا ثبتت الجزئية: تثبت أمومية الولد أيضاً.

(**بخلاف ما لو استولدها بزنىً، ثم ملكها**)؛ أي ملكها الزاني بشيء من الشراء والهبة والإرث.. حيث لا تصير أم ولد له؛ لأن أمومية الولد إنما تثبت بسبب الجزئية الحكمية الثابتة بنسب الولد إلى كل واحد منهما، ولا نسب للولد في الزنا إلى الزاني.. فلا تثبت الجزئية المعتبرة في ثبوت النسب، فلا تثبت أمومية الولد.

فإن قيل: إذا لم يثبت النسب من الزاني.. فكيف يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه؟

أجيب عنه: بأنه إنما يعتق على الزاني إذا ملكه؛ لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة ثبوت النسب، فلا يلزم من ثبوت العتق إذا ملكه.. ثبوت أمومية الولد؛ لعدم الجزئية المعتبرة في ثبوت أمومية الولد؛ أعني الجزئية الحكمية، هذا فيما إذا استولد أمة الأجنبي بزنا.

بخلاف ما لو استولد أمة زوجته أو والده بزنا، ثم ملكها، حيث يثبت نسب الولد منه؛ على ما صرح به في «قاضي خان»؛ فإنه قال: ولو وطئ جارية امرأته أو جارية والده أو جده فولدت فادعاه.. لا يثبت النسب منه، إلا أن يصدقه المولى في الإحلال، وفي أن الولد منه؛ فإن صدقه في الأمرين جميعاً.. يثبت النسب، وإلا.. فلا.

وَلَو أسلمَت أُمُّ ولدِ النَّصْرَانِيِّ.. عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ؛ فَإِن أسلَمَ.. فَهِيَ لَهُ، وَإِن أَبى.. سُعَتْ فِي قيمتِهَا، وَهِيَ كالمكاتبَةِ ....

وإن كذبه المولى، ثم ملك الجارية يوماً من الدهر.. يثبت النسب. انتهى.

وجه الفرق: أنه وطئ جارية زوجته ووالده بشبهة، والوطء بشبهة: مثل الوطء بالنكاح.

بخلاف وطء جارية الأجنبي؛ إذ لا شبهة فيه أصلاً.

(**ولو أسلمت** [٥٥٣/ب] **أم ولد النصراني.. عرض عليه الإسلام؛ فإن أسلم.. فهي له، وإن أبى.. سعت في قيمتها**)؛ وهي ثلث قيمتها قنة؛ على ما في «العناية».

(**وهي كالمكاتبة**)؛ في أن لا تعتق حتى تؤدي السعاية، كما أن المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي بدل الكتابة، إلا أنها لا ترد إلى الرق بالعجز؛ على ما سيصرح به.

وشرط في «قاضي خان» لكونها مكاتبة: قضاءَ القاضي؛ حيث قال إذا قضى القاضي عليها بالسعاية أنه يخرجها عن ولاية المولى عليها؛ بأن يقدر قيمتها وينجمّها عليها.. فتصير كالمكاتبة؛ كذا في «فتح القدير».

وهو المراد بقول فخر الإسلام: إن القاضي يقدر قيمتها وينجّمها عليها.

هذا، وقال زفر: تعتق في الحال، والسعاية دينٌ عليها؛ لأن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت.. واجب، وذلك بالبيع أو الإعتاق، وقد تعذر البيع؛ لكونها أم ولد له.. فتعين الإعتاق.

وقال مالك: تعتق مجاناً.

وقال الشافعي وأحمد: يحال بينهما، فلا يمكن من الخلوة بها، فضلاً عن انتفاع من الانتفاعات، ويجبر على نفقتها إلى أن يموت، فتعتق بموته أو يسلم.. فتحل له.

قلنا: إن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة؛ لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يداً، ويندفع الضرر عن الذمي أيضاً؛ لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية؛ فيصل الذمي إلى بدل ملكه؛ أما لو أعتقت في الحال كما قال زفر وهي مفلسة..

وَلَا تَرِقُّ بعجزِها.

وَإِن مَاتَ.. عُتِقَت بِلَا سِعَايَةٍ.

وَمنِ ادّعى ولدَ أَمَةٍ لَهُ فِيهَا شركةٌ.. ثَبتَ نسبُهُ مِنْهُ، وَصَارَت أُمَّ وَلَدِهِ؛ لِأَن الِاسْتِيلَادَ لَا يَتَجَزّأُ عِنْدهمَا، وَضمنَ نصفَ قيمتِهَا ....

تتوانى في الكسب، فيتضرر به الذمي وبه يندفع قول مالك أيضاً؛ لأن الضرر للذمي في قوله: فوق ما في قول زفر.

وكذا يندفع به قول الشافعي أيضاً؛ لأن فيه زيادة ضرر من حيث المنع عن الانتفاع بها، ومن حيث إيجاب النَّفَقة عليه لها.

فإن قيل: إن أم الولد ليس بمال متقوم عند أبي حنيفة، والقول بالسعاية يقتضي تقومها؛ إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها.

أجيب: بأن مالية أم الولد متقومة عند الذمي وهو مولاها، فيترك على اعتقاده كما أمرنا.

(**ولا ترق**)؛ أي: لا ترد إلى الرق (**بعجزها**) عن السعاية؛ لأنها لو ردت إلى الرق.. أعيدت مكاتبة؛ لكونها مسلمة مع كفر مولاها، وذلك لا فائدة فيها.

(**وإن مات**) مولاها أي النصراني (..**عتقت بلا سعاية**)؛ لأنها أم ولد له.

(**ومن ادعى ولد أمة له فيها شركة.. ثبت نسبه منه**) لإقراره واحتياج الولد إلى النسب، وقد ثبت في نصفه؛ لمصادفته ملكه.. فيثبت في النصف الآخر أيضاً؛ ضرورةَ أن النسب لا يتجزأ؛ لأن سببه: وهو العلوق.. لا يتجزأ؛ إذ الولد لا يتعلق من ماء رجلين في امرأة.

(**وصارت**) الأمة (**أم ولده؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما**).

وعنده: يصير نصيبه أم ولد له، ثم يملك نصيب صاحبه بالضمان، ولذا قال:

(**وضمن نصف قيمتها**)؛ لأنه تملك نصيب صاحبه؛ لأن القنة تقبل النقل من ملك إلى ملك.

وَنصفَ عُقرِهَا، لَا قِيمَةَ وَلَدِهَا.

وَإِنِ ادَّعياهُ مَعاً.. ثَبتَ مِنْهُمَا، ....

(ونصف عقرها)؛ لأنه وطئ جارية مشتركة؛ إذ الملك [٥٥٤/أ] يثبت حكماً للاستيلاد، فيعقبه الملك في نصيب صاحبه، فيصير واطئاً ملك غيره.

بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه؛ لأن الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد، فيتقدمه.. فصار واطئاً ملك نفسه، فلا يضمن عقره.

والمراد بالعقر: مهر مثلها؛ على ما ذكره في «مبسوط السرخسي» وقدرُ ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً؛ على ما في «مبسوط شيخ الإسلام».

(لا قيمة ولدها)؛ لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك؛ لأنه كما علق.. انعلق حر الأصل؛ لأن نصفه انعلق على ملكه، فيصير حراً، فيثبت في النصف الآخر أيضاً؛ ضرورة عدم التجزيء على ما ذكرناه.

فإن عورض بالقلب؛ بأن أحد النصفين لما لم يثبت فيه الحرية لمصادفته ملك غيره: لا يثبت في النصف الآخر أيضاً؛ لعدم التجزيء.

قلنا: رجحنا جانب المثبت للنسب على جانب الآخر احتياطاً، ولهذا يسقط عنه الحد بهذا الطريق، ويجب العقر.. فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة.

(وإن ادعياه معاً) وكان الحمل على ملكهما، ولا بد من هذا القيد؛ لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً، ثم اشتراها هو مع الآخر.. فهي أم ولد له فقط؛ لأن نصيبه منها صار أم ولد له.. فيثبت في نصيب شريكه أيضاً؛ لعدم تجزؤ الاستيلاد.

(.. ثبت) النسب (منهما).

وقال الشافعي: يرجع فيه إلى قول القائف، وهو الذي يتبع آثار الآباء في

الأبناء، وذلك؛ لأن إثبات النسب من الشخصين متعذر؛ لضرورة أن الولد لا ينخلق من ماء رجلين، فعملنا بالشبه، أيهما أشبه.. فهو منه، وقد روي ذلك عن رسول الله ﷺ حيث إنه ﷺ سر بقول القائف في أسامة.

ولنا: كتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة: «لبّسا.. فلُبِّس عليهما، ولو بيّنا.. لبُيّن لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما بعد موت أحدهما، حتى يكون كل الميراث للباقي» وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد.

وقد روي مثل ذلك عن علي أيضاً.

ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق؛ أعني: الملك والدعوة.. فيستويان فيه أيضاً.

فإن قيل: إن النسب لا يتجزأ، فكيف يثبت منهما معاً؟

قلنا: نعم، إلا إن له أحكاماً تقبل التجزئة مثل النَّفَقة، وولاية التصرف في ماله، والحضانة، والميراث، فما يقبل التجزئة منها كالميراث.. يثبت على التجزئة في حقها، وما لا يقبل التجزئة كالنسب وولاية النكاح.. يثبت في حق كل واحد منهما كُمْلاً كأن ليس معه غيره.

إلا إذا كان أحد الشريكن أباً للآخر، أو كان مسلماً والآخر ذمياً، أو أحدهما حراً والآخر عبداً، أو أحدهما ذمياً والآخر مرتداً أو كتابياً والآخر مجوسياً.. فإنه يرجح الأب على الابن، [٥٥٤/ب] والمسلم على الذمي، والحر على العبد، والذمي على المرتد، والكتابي على المجوسي.. فيثبت النسب على الراجح لا عن المرجوح:

فالمراد بالشريكين في قوله: «وإن ادعيا»: هو المستويان في هذه الأوصاف وقت الدعوة.

والجواب فيما رواه الشافعي: أن سرور النبي ﷺ فيما روي؛ لأن الكفار

يطعنون في نسب أسامة، وكان قول القائف مقطعاً لطعنهم، فسر به النبي ﷺ، هذا فيما إذا ادعاه الاثنان.

وأما إذا ادعاه أكثر من اثنين.. ففيه خلاف بينهم، فقال أبو حنيفة: إنه يجوز، ونفاه أبو يوسف، وجوزه محمد إلى الثلث.

قال أبو يوسف: ثبت ذلك على خلاف القياس بقضية عمر.. فلا يتعداه إلى الأكثر.

وقال محمد: الثلاثة قريبة من اثنين.

وقال أبو حنيفة: سبب الجواز: الملك والدعوة، وقد وجد ذلك.

ثم على تقدير جوازه في الأكثر: لا بد أن تكون الشركاء متساويات في الصفات المذكورة أيضاً؛ لما في «فتح القدير» عن «المبسوط»: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت ولداً فادعوه.. فالحر المسلم أولى؛ لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك:

فإن لم يكن فيهم مسلم، بل من بعده فقط.. فالذمي أولى؛ لأنه حر، والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين، لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية.

ثم المكاتب؛ لأن له حق ملك الولد على شرف الحرية بأداء المكاتب.

وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد.. لا يثبت من واحد منهما النسب؛ لأنه ليس لهم ملك، ولا شبهة.

ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد.. فالولد للمرتد؛ لأنه أقرب للإسلام.

وغرم كل لصاحبه نصف العقر.

وفي «البحر» عن «الظهيرية»: ولو كانت الجارية بين رجل وابنه وجده فجاءت بولد فادعوه كلهم.. فالجد أولى.

وَهِيَ أُمُّ وَلدٍ لَهُما، ....

(وهي أم ولد لهما)؛ لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد.. فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها.

ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئاً؛ لأنه لم ينتقل إليه من نصيب شريكه شيء.

وإذا كانت أم ولد لهما.. تخدم كل واحد منهما يوماً؛ كما كانت تفعله قبل هذا؛ لأنه لا تأثير له للاستيلاد في إبطال ملك الخدمة.

وإذا مات أحدهما.. عتقت، ولا ضمان للحي في تركة الميت؛ لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت، ولا تسعى للحي عند أبي حنيفة؛ لعدم تقومها عنده.

وتسعى في نصف قيمتها عندهما.

ولو أعتقها أحدهما.. عتقت، ولا ضمان عليه للساكت، ولا سعاية عنده.

ويضمن عندهما إن كان موسراً.

ثم ثبوت النسب، وكونها أم ولد للاثنين أو أكثر بعد اعتبار التسوية في الصفات المذكورة.. على قدر أنصبائهم.

ولا يلزم التسوية في قدر أنصبائهم؛ لما في «البدائع»: وإن كانت الأنصباء مختلفة؛ بأن كان لأحدهم: السدس، وللآخر: الربع، وللآخر: الثلث، وللآخر: [٥٥٥/أ] ما بقي.. يثبت نسبه منهم على قدر نصيبهم، ويصير نصيب كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه، حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم؛ لأن كل واحد منهم يثبت الاستيلاد منه في نصيبه.. فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره.

وجواب ما قيل ههنا: أن النسب لا يتجزأ، فكيف يثبت منهم على قدر أنصبائهم؟ قدمناه آنفاً.

وعَلى كُلٍّ نِصفُ عُقرِهَا وتقاصَّا، وَيَرِثُ مِن كلٍّ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ، ويرثانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ.

وَإِنِ ادّعى ولدَ أمة مُكَاتَبِهِ فَصدَّقهُ الْمكَاتبُ.. ثَبتَ نسبُهُ مِنْهُ، ....

(وعلى كلٍّ نصفُ عقرها)؛ لوطء كل منهما جارية مشتركة، (وتقاصَّاً)؛ لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء.

فإن قيل: فما فائدة إيجاب العقر مع التقاص؟

أجيب: بأن أحدهما لو أبرأ الآخر عن حقه.. بقي حق الآخر.

(ويرث) الابن (من كل منهما ميراث ابن، ويرثان منه) أي من الابن (ميراث أب واحد)؛ أما كونه وارثاً من كل منهما كملاً.. فلأن كلاً منهما أقر له بميراثه كملاً، وإقرارُ كلٍّ حجة في حقه.

وأما كونهما وارثين منه إذا مات هو وهما حيان.. فلاستوائهما في السبب، وهو الملك والدعوة.

(وإن ادعى ولد أمة مكاتبه فصدقه المكاتب.. ثبت نسبه منه) في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه لا يعتبر تصديقه، بل يثبت بمجرد دعوة المولى؛ اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه بجامع أن جارية المكاتب كسبُ كسبِ المولى، وجارية الابن كسبُ كسبِ الأب، بل هو أولى من الأب؛ لأن للمولى في المكاتب ملك رقبة، وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه، وإن لم يكن له فيه حقيقة ملك.. كان له فيه: حق الملك للأب ملكٌ حقيقة في رقبة ولده، بل له حق التملك في ماله عند الحاجة، وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير تصديق الابن.. فثبوته من المولى في المكاتب أولى.

ووجه الظاهر، وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب: أن المولى لا يملك التصرف في إكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة، حتى لا يثبت له حق تملكه، والأب يملك تملكه لحاجته، فلا يعتبر بتصديق الابن.

وَعَلَيهِ قِيمَتُهُ ....

واعترض عليه: بأنه لا معنى لاشتراط التصديق؛ لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب.. فتصديقه لا يوجب فك الحجر، بل غايته: أنه اعترف له أنه وطئ الجارية فيقتضي أن لا يثبت النسب؛ إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته، وهو الحجر، ألا ترى أن المولى لو أقام البينة على أنه وطئها.. لا يثبت نسبه إذا كان المكاتب مكذباً له، مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق، فظهر ضعف اشتراط التصديق.

وأجاب عنه في «فتح القدير»: بأن هذا الحجر لحق آدمي؛ لكونه هو أحق بالدعوى، فلا يظهر حقه في الاستحقاق في مقابلة من هو أحق به منه، إلا أنَّ تصديقَه لجواز أن يكذبه؛ بأن يدعيه هو، فلا بد من استعلام [٥٥٥/ب] تصديقه وتكذيبه.

بخلاف ما إذا قام المولى بينة على الوطء؛ فإن تكذيب المكاتب قائم، واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعاً، بل تقديماً للأحق على غيره.

بخلاف أحد الشريكين إذا استحق؛ فإنه لا يتوقف على تصديق الآخر؛ لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر. انتهى.

(**وعليه قيمته**)؛ لأنه في معنى المغرور، حيث اعتمد دليلاً، وهو أنها كسب كسبه، فلم يرض برق ولدها، فيكون حراً بالقيمة ثابتَ النسب منه، إلا أن قيمة الولد ههنا: تعتبر يوم ولد، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة.

والفرق: أن العلوق هنا حصل في ملك المولى، وهو مقتض بثبوت نسبه منه بحق ملكه لمالكها، إلا أنه محجور بحجر شرعي عنها، فشرط تصديقه؛ فإذا جاء التصديق.. صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة، فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الإمكان.

وأما المغرور: فضمانه قيمة الولد؛ لأنه أمانة حبسها عن صاحبها.. فتعتبر القيمة

وعقرُها، وَلَا تصيرُ أُمَّ وَلَدِهِ.

وَإِن لم يصدِّقْهُ.. لَا يثبتُ النّسَبُ إِلّا إِذا دخلَ الْوَلَدُ فِي مِلكِهِ وقتاً مَا.

يوم الحبس، وتحقق هذا الحبس والمنع: إنما يكون يوم الخصومة.. فتعتبر يومها.

(وعقرها)؛ لأن الملك لا يتقدم الوطء بناء على أن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد، لا حاجة له إلى تقديم الملك، فكان الوطء واقعاً في غير الملك، وهو يستلزم الحد أو العقر، وقد سقط الأول بالشبهة.. فتعين الثاني.

بخلاف ما لو استولد جارية ابنه.. فإنه يغرم قيمتها لا عقرها؛ كما صرح به في استيلادها «قاضي خان».

وبخلاف ما لو وطئ جارية ابنه.. فإنه يغرم قيمتها لا عقرها؛ كما صرح به في استيلادها «قاضي خان»:

بخلاف ما لو وطئ جارية ابنه ولم يستولد.. فإن على الأب عقرها لا قيمتها؛ كذا في «التاتارخانية».

(ولا تصير) الجارية (أم ولده)؛ لأنه لا ملك له فيها حقيقة؛ كما لا تصير أم ولد للمغرور.

(وإن لم يصدقه) المكاتب **(لا يثبت النسب إلّا إذ أدخل الولد في ملكه وقتاً ما)**؛ لما مر أنه لا بد من التصديق في ظاهر الرواية، فلو ملك هذه الجارية في يوم من أيام عجز المكاتب أو غيره.. ثبت نسب ولده منها منه، وتصير الجارية أم ولده؛ لقيام الموجب، وهو الإقرار بالاستيلاد، وزوالِ المانع، وهو حق المكاتب.

وفي «الزيلعي»: ولو ولدت منه جارية غيره، وقال: أحلها لي مولاها والولد ولدي، فصدقه المولى في الإحلال وكذبه في الولد.. لم يثبت نسبه منه.

فإن ملكها يوماً.. ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له.

ولو صدقه في الولد.. ثبت نسبه منه.

ولو استولد جارية أحد أبويه وامرأته، وقال: ظننت أنها تحل لي.. لم يثبت نسبه منه، ولا حد عليه.

وإن ملكه يوماً.. عتق عليه.

وإن ملك أمه.. لا تصير أم ولد له؛ لعدم ثبوت نسبه.

وفي «التاتارخانية»: ولو وطئ جارية امرأته أو جارية والده أو جده، ثم ولدت وادعاه.. لا يثبت النسب منه، ويدرأ عنه الحد للشبهة.

فَإن قَالَ: «أحلها لي المولى».. لا يُثبت النَّسَب إلّا بَعد أن يصدقه المولى في الإحلال، وفي أن الولد منه؛ فإنه صدقه في الأمرين جميعاً.. [٥٥٦/أ] يثبت النسب، وإلا.. فلا.

وإن كذب المولى، ثم ملك الجارية يوماً من الدهر.. يثبت النسب، وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

* * *

(كتاب الأيمان)

(كتاب الْأَيْمَان)

(كِتَابُ الأَيْمَان)

لما اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في أن الهزل والإكراه لا يؤثر فيها.. جعلها متعاقبة، ولما كان النكاح أقرب إلى العبادات.. قدمه على الكل، ولما كان الطلاق رفعه بعد تحققه.. عقبه به، ولما كان العتاق مناسباً للطلاق في كونهما إسقاطاً.. جعله عقيبه وقدمه على اليمين.

وهو في اللغة: القوة قال الله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ﴾، وبمعنى خلاف اليسار أيضاً.

وفي الشريعة: ما ذكر في الكتاب، وإنما سمي القسم يميناً؛ لأن الحالف يتقوى باليمين على الفعل أو المنع، ولأنهم يتماسحون بأيمانهم حالة التحالف، على ما في «المغرب».

وشرطها: كون الحالف مكلفاً.

وركنه: اللفظ ينعقد به اليمين؛ على ما سيأتي ذكره.

وشرطه: كون الحالف عاقلاً بالغاً؛ على ما صرح به في «فتح القدير».

وزاد في «البحر»: الإسلام أيضاً.

وليس على ما ينبغي؛ لأن يمين الكافر منعقد أيضاً.

وزاد بعضهم: الحرية أيضاً. وليس على ما ينبغي أيضاً؛ لأن يمين العبد منعقد ويكفِّر بالصوم؛ على ما صرحوا به.

وزاد في «المحيط»: كون الخبر المضاف إليه اليمين محتمِلاً للصدق والكذب.

وجعله في «الخلاصة» محلاً لليمين؛ حيث قال: ومحل اليمين: خبر يحتمل الصدق والكذب.

الْيَمينُ: تَقْوِيَةُ أَحدِ طَرَفَي الْخَبَرِ بالمُقسَمِ بِهِ.

وحكمه: البر فيما يجب فيه البر، والكفارة عند فواته؛ على ما في «العناية».

والذي ظهر منه: أن الكفارة حكم اليمين عند فوات البر؛ يعني: أن له حكمين: البر فيما يجب البر فيه، والكفارة عند فواته، وبه صرح في «البحر» نقلاً عن المحيط.

وفيه بحث؛ لأن الكفارة حكم الحنث عندنا، واليمين إنما وضع للبر، ولهذا قال في «الخلاصة»: وحكم اليمين وضعاً؛ وجوب البر في الخبر وحرمة الحنث.

ثم الكفارة: تجب عند الحنث خلفاً عن البر الواجب، وإنما قيدوا البر الواجب؛ لأن من الأيمان ما يجب الحنث فيه؛ على ما سيأتي.

وسببها الغائي:

تارة إيقاع صِدقِه في نفس السامع، وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك.

وأما انعقاده في المنعقدة: فقد يكون على نية الحالف، وقد يكون على نية المستحلف؛ على ما سنذكره.

وهو نوعان:

أحدهما: القسم بالله أو بصفته.

والثاني: تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل الجزاء عند وجود الشرط، وهذا النوع يثبت بالاصطلاح الشرعي، ولم ينقل عن أهل اللغة، ولكن المعنى اللغوي لليمين موجود في هذا النوع أيضاً؛ لأنهم يُقَوُّون كلامهم بالتعليق بالشرط، كما يُقَوُّونه بالقسم بالله؛ لأن المقصود منهما إما الحمل أو المنع.

هذا و(اليمين) في اصطلاح الشرع: (**تقوية أحد طرفي الخبر**)؛ والمراد بالخبر ههنا: هو لأفعلن كذا مثلاً، والمراد بطرفيه: الصدق والكذب، [٥٥٦/ب] أو طرفي الفعل والترك.

(**بالمقسم به**) من أسماء الله تعالى أو صفاته، دون غيره؛ على ما يدل قوله ﷺ:

وَهِيَ ثَلَاثٌ:

غموسٌ، وَهِيَ حلفُهُ على أَمرٍ مَاضٍ أَو حَالٍّ كذباً عمداً، وَحكمهَا: الْإِثْمُ وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلّا التَّوْبَةُ.

«من كان حالفاً.. فليحلف بالله أو ليصمت» متفق عليه، فلم يشمل النوع الثاني؛ على ما ذكرناه.

(وهي)؛ أي: اليمين بالله تعالى أو صفته أي النوع الثاني: (ثلاث؛ غموس).

وفي «المبسوط» أن الغموس ليست بيمين حقيقة؛ لأنها كبيرة محضة، واليمين عقد مشروع، والكبيرة ضد المشروع، ولكن سميت يميناً مجازاً؛ كما سمي بيع الحر بيعاً مجازاً؛ لوجود صورة البيع.

(وهي: حلفه على أمر ماض) غالباً؛ نحو: والله كان الأمر كذا، أو لم يكن كذا، وهو يعلم خلافه.

(أو حالٍّ)؛ نحو: «والله إنه لزيد» وهو يعلم خلافه.

(كذباً عمداً)، وإنما سمي هذا غموساً؛ لأنها تغمس صاحبها في الذنب، ثم في النار.

(وحكمها: الإثم)؛ لما في «البخاري» مرفوعاً «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس».

(ولا كفارة فيها إلا التوبة).

وقال الشافعي: فيها الكفارة؛ لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق ذلك في الغموس.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ رتب الكفارة على المعقودة، والغموس ليست بمعقودة، ولقوله ﷺ: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن» وذكر منها: اليمين الغموس، وذكر فيها الوعيد.

ولغوٌ: وَهِي حلفُهُ على أَمرٍ مَاضٍ يَظُنّهُ كَمَا قَالَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ، وَحكمُهَا رَجَاءُ الْعَفوِ.

ومذهبنا: قول ابن مسعود وابن عباس والحسن البصري والثوري والأوزاعي، ولأن الكفارة عبادة، فلا تناط بالكبيرة.

(**ولغو: وهي حلفه على أمر ماض**)؛ أي غالباً، وقد يكون على أمر حال، نحو «والله إن هذا الطير غراب»؛ فإذا هو حمام.

ولا يؤاخذ باللغو صاحبه إلا في العتاق والطلاق والنذر؛ كذا في «الخلاصة».

(**يظنه أنه كما قاله، وهو بخلافه**)؛ أي في كل من الأمر الماضي والحال، وهذا التفسير في اللغو هو المروي عن ابن عباس، وعن زرارة بن أوفى، وعن عائشة.

حاصله: أن اللغو في اليمين هي اليمين الكاذبة خطأً أو غلطاً في الماضي أو في الحال، وهي: أن يخبر عن الماضي أو الحال على ظن أنه حق في النفي أو الإثبات، وليس بحق في نفس الأمر؛ هكذا روى ابن رستم عن محمد.

وقال الشافعي: يمين اللغو: هي اليمين الذي لا يقصدها الحالف، وهو ما يجري على ألسن الناس في كلماتهم من غير قصد اليمين؛ من قولهم: «لا والله، وبلى والله» سواء كان في الماضي أو في الحال أو في المستقبل.

قلنا: لا لغو في المستقبل، بل اليمين على أمر في المستقبل: يمين مقصودة، وفيها الكفارة إذا حنث، قصد اليمين أو لم يقصد.

وإنما اللغو في الماضي أو في الحال فقط، وما روي عن محمد في بعض الروايات: أن اللغو ما يجري بين الناس من قولهم: لا والله وبلى والله؛ كما فسره الشافعي: فذلك محمول عندنا على الماضي أو الحال. [٥٥٧/أ].

(**وحكمها: رجاء العفو**) اعترض عليه: بأنه ما معنى رجاء العفو ههنا.. مع أن عدم المؤاخذة باللغو منصوصٌ عليه بقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾؟!

أجيب: بأن المنصوص عليه عدم المؤاخذة بما هو لغو في نفس الأمر، والعفو

ومنعقدةٌ: وَهِيَ حلفُهُ على فعلٍ أَو تركٍ فِي الْمُسْتَقْبلِ، وَحكمُهَا: وجوبُ الْكَفَّارَةِ إِن حَنِثَ.

المعلق بالرجاء: هو العفو مما هو لغو على التفسير المذكور.

ثم اللغو إنما لا يؤاخذ به الحالف في غير الطلاق والعتاق والنذر، وأما في هذه الثلاثة.. فيؤاخذ به صاحبه؛ على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية».

(ومنعقدة:)، وهذا هو النوع الثالث، وهل تنعقد هي على نية الحالف أو على نية المستحلف؟

ففي «البزازية»: واليمين على نية الحالف لو كان الحالف مظلوماً، وعلى نية المستحلف لو الحالف ظالماً.

وهذا في الماضي؛ كما لو أكره على بيع عين، فحلف بالله أنه دفعه إلى فلان يريد به بائعه؛ ليقع عند المكره أنه ملك غيره، فلا يجبر على بيعه.

وفي المستقبل: على نية الحال.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى»: لو حلف بالطلاق أو العتاق أو ما شاكله.. فعلى نية الحالف ظالماً أو مظلوماً إذا لم ينو الحالف خلاف الظاهر، وإن بالله تعالى؛ فإن كان الحالف مظلوماً.. فالنية له، وإن كان ظالماً يريد بيمينه إبطال حق الغير.. فللمستحلف؛ وهو قولهما. انتهى.

واعلم: أنه ليس معنى قولنا: أن اليمين تنعقد على نية الحالف أو على نية المستحلف: أنه يتوقف في انعقاده على النية؛ لأنه لا يتوقف في انعقاده عليها؛ على ما سيأتي، بل معناه: أن للنية تأثيراً إذا وجدت في انعقاده على نية الحالف أو على نية المستحلف.

(**وهي: حلفه على فعل أو ترك في المستقبل.**

وحكمها: وجوب الكفارة إن حنث)، وفي العبارة بحث؛ على ما في الأصول؛ من أن سبب الكفارة عندنا: هو الحنث، واليمين: عند الشافعي، والحنث شرطه؛

وَمِنْهَا مَا يجبُ فِيهِ الْبِرُّ؛ كَفعلِ الْفَرَائِضِ، وَتركِ الْمعاصِي.

وَمِنْهَا مَا يجبُ فِيهِ الْحِنْثُ؛ كَفعلِ الْمعاصِي، وَتركِ الْوَاجِبَاتِ.

وَمِنْهَا: مَا يُفضَّلُ فِيهِ الْحِنْثُ؛ كهجرانِ الْمُسلمِ وَنَحْوِهِ.

وَمَا عدا ذَلِك.. يُفَضَّلُ فِيهِ الْبِرُّ؛ حفظاً لِلْيَمِينِ.

وَلَا فرقَ فِي وجوبِ الْكَفَّارَةِ بَينَ الْعَامِدِ، وَالنَّاسِي،

فقوله: «إن حنث» شرط يناسب مذهب الشافعي، لكن الأمر فيه سهل.

ثم الأصل ههنا: ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾.

ثم شرع في بيان أقسام المنعقدة، فقال: (**ومنها ما يجب فيه البر؛ كفعل الفرائض وترك المعاصي**) كقوله: والله لأصوم رمضان، أو أصلي الظهر، أو والله لا أشرب الخمر.

(**ومنها: ما يجب فيه الحنث؛ كفعل المعاصي وترك الواجبات**)، نحو: «والله لأشرب الخمر، أو ليقتلن فلاناً، أو لا أصوم رمضان».. فإنه يحنث البتة ويُكَفِّر عنها.

(**ومنها: ما يفضل فيه الحنث؛ كهجران المسلم ونحوه**)؛ فإنه يحنث عن يمينه ويكفِّر؛ لقوله ﷺ: «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها.. فليأت بالذي هو خير، وليكفر عن يمينه».

(**وما عدا ذلك**)، نحو: «والله لا أكلم زيداً» (.. **يفضل فيه البر؛ حفظاً لليمين**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡ﴾.

(**ولا فرق في وجوب الكفارة بين العامد والناسي**)؛ هكذا وقع في أكثر نسخ «الهداية».

واعترض عليه: [٥٥٧/ب] بأن النسيان لا يتصور في الحلف وإن كان يتصور في الحنث، وإنما المتصور في الحلف: هو الخطأ.

وأجيب: بأن المراد بالنسيان في الحلف: هو الخطأ؛ على ما وقع في بعض

نسخ «الهداية» بدل الناسي؛ وذلك بأن يريد أن يقول: «اسقني الماء» فيقول: «والله لا أشرب الماء» خطأً.

وقال أكثر العلماء: المراد به حقيقة النسيان، وذلك بأن تلفظ باليمين ذاهلاً عنه، ثم تذكر أنه تلفظ باليمين؛ فإذا حنث.. لزمته الكفارة، واستدلوا عليه بقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين».

وتعقبه في «فتح القدير»: بأن ثبوته غير مُسَلَّم؛ لأن الثابت «العتاق» بدل لفظ «اليمين» والمحفوظ من حديث أبي هريرة «النكاح والطلاق والرجعة».

وعلى تقدير ثبوته: لم يكن فيه دليل؛ لأن المذكور فيه: جعل الهزل باليمين جداً، والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه، فلا يعتبر عدم رضاه به شرعاً بعد مباشرته السبب مختاراً.

والناسي بالتفسير المذكور: لم يقصد شيئاً أصلاً ولم يدر ما صنع.

وكذا المخطىء: لم يقصد قط التلفظ باليمين، بل قصد بشيء آخر وجرى على لسانه اليمين بلا قصد، فلا يكون الوارد في الهازل وارداً في الناسي، ولا في المخطىء.. فلا يثبت وجوب الكفارة في حق الناسي لا نصاً ولا قياساً.

وأيضاً: إذا كان اللغو بتفسيرهم المذكور - أعني: أن يقَصِد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين؛ أي الكفارة فيما لم يقصده أصلاً، بل هو كالنائم ثم يجري على لسانه طلاق أو عتاق - لا حكم له.. أولى أن لا يكون لها حكم اليمين.

وأيضاً: فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة مرفوعاً، وهو: أنه كلام الرجل في بيته؛ كلا والله، وبلى والله، وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي؛ فإن المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به، بل يجري على لسانه بحكم العادة غيرُ مراد لفظه ولا معناه؛ كالناسي لا يقصد التكلم بما جرى على لسانه، ولو لم يكن

وَالْمكْرِهِ فِي الْحلفِ والحِنْثِ.

إياه.. كان أقرب إليه من الهازل، فحَمْل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل. انتهى.

واعترض عليه أيضاً: بأن اليمين من الأفعال الاختيارية؛ لأنها من العقود الشرعية تَقَوَّى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك.. فكيف يكون الناسي فيه كالعامد؟

أجيب: بأن ذلك هو القياس، وقد ترك بالنص الذي رويناه.

فإن قيل: هذا النص معارَض بآخر مثله، وهو قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».

أجيب: بأنه محتمل لرفع الإثم ولرفع الحكم وما رويناه من نص اليمين مفسر.. فلا يعارضه.

أقول: فعلى هذا يلزم أن يكون تعريفهم المذكور لليمين؛ أعني تقوية أحد طرفي الخبر.. تعريفاً على خلاف النص موافقاً للقياس المتروك:

(**والمكره في الحلف**)؛ لما رويناه من قوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد...» الحديث [٥٥٨/آ].

وقال الشافعي وأحمد ومالك: لا ينعقد يمين الناسي والمكره والمخطىء؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».

قلنا: إن شرط الانعقاد هو الفعل الحسي، وقد وجد ذلك عند الحنث، فتلزمه الكفارة، والفعل الحقيقي لا يصير معدوماً بالنسيان والكره.

(**والحنث**)؛ أي: لو حلف عامداً فحنث ناسياً أو مكرهاً أو مخطئاً.. تجب عليه الكفارة كما لو حنث عامداً.

وكذا لو حنث مجنوناً أو مغمى عليه؛ لما ذكرناه: أن شرط الانعقاد هو الفعل الحسي وقد وجد ذلك.

فإن قيل: الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، ولا ذنب في الناسي والمكره والمخطىء والمجنون والمغمى عليه.. فكيف تجب الكفارة؟

قلنا: الحكم يدار على دليله، ودليل وجوب الكفارة هو الحنث وهو دليل الذنب، وقد وجد الحنث من هؤلاء، ولا يلزم حقيقة الذنب؛ كوجوب الاستبراء: دائر مع وجوب دليل شغل الرحم، وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل، حتى أنه يجب، وإن لم يوجد الشغل أصلاً؛ بأن اشترى جارية بكراً أو اشتراها من امرأة.

فإن قيل: إن إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه: إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً في الأصل فيدور عليه وإن لم يتصور في بعض الصور؛ كما ذكر في شغل الرحم، والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث: محقق ظاهر.. فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول.

قلنا: إن الحنث قد يكون ناسياً، وقد يكون خطأ، وقد يكون مكرهاً، وقد يكون لرؤية غيره خيراً، وقد يكون في الجنون والإغماء، ولا إثم في شيء من ذلك، إنما الإثم في الحنث عمداً مختاراً عالماً بكونه شراً، ولا يخفى كونه أمراً خفياً.

ثم لما ذكر الموجِبَ.. شرع في بيان الموجَبِ، وهو الكفارة، لكنها إنما تكون موجباً لها عند الانقلاب؛ لأن اليمين لم يشرع لكفارة، بل شرع للبر المنافي للكفارة، لكنها تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث.

ولهذا قالوا: إن اليمين سبب مجازي للكفارة لتسمية الشيء باسم ما يؤول إليه؛ لأنه يصير سبباً لها في المآل عند وجود الحنث بزوال البر، وإن السبب الحقيقي لها هو الحنث.

فعلى هذا: فالإضافة في قولهم: «كفارة اليمين» من قبيل الإضافة إلى السبب المجازي.

ومن هنا قالوا: لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث.

وَهِي: عِتقُ رَقَبَةٍ، أَو إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ، كَمَا فِي عِتْقِ الظِّهَارِ وإِطعامِهِ،

وقال الشافعي: يجوز تقديمها على الحنث على ما سنبينه.

فقال: (وهي)؛ أي كفارة اليمين: (عتق رقبة) كاملة؛ أي إعتاقها لا نفس العتق؛ فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة.. لا يجوز.

ولو ملكه بشراء أو هبة أو قبول صدقة ونوى عن كفارتها حين ملكه.. يجوز.

ثم لا بد من النية لصحة التكفير في الأنواع الثلاثة وأن مصرفها مصرف الزكاة، فلا يعطيها لأبويه وإن علا، ولولده [٥٥٨/ب] وإن سفل، ولا لزوجته؛ كذا في «البحر» نقلاً عن «الخانية».

ثم تعقبه بأن الكفارة يجوز دفعها إلى الذمي دون دفع الزكاة.

(أو إطعام عشرة مساكين)؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾.

(كما في عتق الظهار وإطعامه)؛ يعني: يجوز فيها عتق الكافر والمسلم، والصغير والكبير، والذكر والأنثى والخنثى، والأعور والأصم الذي إذا صيح يسمع، ومقطوع أحد اليدين وإحدى الرجلين من خلاف، وللمكاتب الذي لم يؤد شيئاً من بدل الكتابة.

ولا يجوز: الأعمى، والأصم الذي لا يسمع أصلاً، والأخرس، ومقطوع اليدين، أو إبهامهما، أو الرجلين، أو بدون رجل من جانب واحد، وغيرهم مما فات جنس المنفعة فيهم؛ على ما مر في الظهار.. فارجع إليه.

ويطعم العشرة كالفطرة في قدر الواجب، حتى يجب عليه نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير، ويصح إطعام واحد في عشرة أيام كعشرة مساكين.

ويصح التمليك والإباحة أيضاً كما في الظهار بدلالة ما تلوناه؛ لأن معنى الإطعام: جعل الغير طاعماً، وليس فيه شيء من التمليك والتملك؛ لأن معنى الطعم هو الأكل لا التملك، ويلحق به: التمليك؛ أي: جعل الغير... مالكاً دلالةً، فكان لفظ

الإطعام دالاً: على الإباحة بعبارته، وعلى التمليك بدلالته؛ فإذا أباح الطعام غداءً وعشاءً بلا تمليك.. تأدت به الكفارة عندنا، وهو مذهب علي ومحمد بن كعب والقاسم والسالم والشعبي وإبراهيم وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي.

وقال الشافعي: لا تتأدى إلا بالتمليك؛ لأن الإطعام يذكر للتمليك عرفاً؛ فإن من قال لآخر: «أطعمتك هذا الطعام».. كان بمنزلة قوله: «وهبته لك»، حتى لو سلمه.. صار ملكاً له.

وإنما تكون إباحة إذا قال: «أطعمتك هذه الأرض»؛ لأن عينها لا تطعم.. فينصرف إلى منافعها معنىً بالزراعة مجازاً، ولأن المقصود سَدُّ خلة الفقير وإغناؤه، وذلك يحصل بالتمليك لا التمكين، فلا يتأتى الواجب به؛ كما في الزكاة وصدقة الفطر والكسوة التي هي أحد أنواع هذه الكفارة:

والجواب عن الأول: أنا لا نمنع استعماله في التمليك مجازاً، وإنما الكلام في أن العمل بحقيقته ممكن أو لا، وقد أمكن ذلك ههنا بدلالة الكتاب.. فلا يصار إلى المجاز بلا ضرورة.

وعن الثاني: أن قوله: «المقصود سد خلة الفقير» مُسَلَّم، وقوله: «وذلك يحصل بالتمليك لا التمكين».. ممنوع لأن بإباحة الطعام يحصل سد خلة الجوع.

وعن الثالث: أي قياسه على الأشياء الثلاثة.. فاسد؛ لأنها لم تأت بنص الإطعام، فلم يترك ما نص عليه، وأيضاً: أن من شروط القياس أن يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره الذي لا نص فيه، ولا نسلم وجود هذا المعنى فيما نحن فيه [٥٥٩/أ]؛ فإن الكسوة ليست بحكم شرعي، بل هو اسم لغوي، ولو سلم ذلك.. لكن لا نسلم كونه بعينه؛ لأن المنصوص عليه في الأصل هو العين وهو الثوب؛ لأن الكسوة بالكسر: اسم للثوب لا الفعل الذي هو التمليك، بل يثبت التمليك ضرورة عدم كون العين كفارة، ولو سلم ذلك.. فلا نسلم التعدية إلى فرع وهو نظيره؛ لكون الإباحة دون التمليك، ولو سلم ذلك.. ولكن الفرع منصوص

أَو كِسوتُهم ....

عليه ههنا لما تلوناه؛ فكان قياس الطعام على الكسوة قياساً في المحل المنصوص عليه على خلاف ما اقتضاه النص في ذلك المحل وهو باطل.

(أو كسوتهم)، وإنما ذكره بعد التشبيه المذكور؛ إذ لا كسوة في كفارة الظهار، ثم الأصل ههنا: ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ﴾ - الآية - أي: كفارة ما عقدتم من الأيمان إذا حنثتم: أحد هذه الثلاثة على سبيل التخيير؛ لأن «أو» توجب التخيير في موضع الإنشاء.

واعلم: أنهم اختلفوا في خصال الكفارة:

فذهب العراقيون من مشايخنا إلى أن الكل واجب على البدل؛ فإذا فعل أحدهما.. سقط الباقي.

وذهب الجمهور - واختاره فخر الإسلام البزدوي - إلى: أن الواجب واحد من هذه الجملة يتعين ذلك باختيار المكلف فعلاً ضمناً لا قولاً، ثم لو أتى بالكل.. كان الواجب واحداً، وهو ما كان أعلى قيمة، ولو ترك الكل.. يعاقب على واحد وهو ما كان أدنى قيمة.

ثم اختلف الأولون فيما بينهم:

فقال أبو الحسين البصري: المراد بوجوب الجميع: عدم جواز الإخلال بجميعها، ولا يجب الإتيان به، وللمكلف اختيار واحد منها - وهو مذهب الجمهور بعينه.. فكان الخلاف لفظياً.

وقال بعضهم: لو أتى بالجميع.. يثاب على كل واحد، ولو ترك الجميع.. يعاقب على ترك كل واحد، فكان الخلاف معنوياً.

واستدل العراقيون: إن أحد الأشياء غير عين؛ إما أن يكون موجبه ثبوت الحكم في واحد غير عين، أو في واحد معين، أو في الجميع على سبيل الجميع، أو على سبيل البدل.

لا سبيل إلى الثاني والثالث: لأنه خلاف الصيغة والإجماع.

ولا إلى الأول: لأنه تكليف بالمجهول، وذلك تكليف بما ليس في الوسع.. فتعين الرابع؛ أي: وجوب الجميع على سبيل البدل، وهذا طريق موافق للأصول؛ فإن فرض الكفاية يجب على الكل بطريق البدل، حتى لو قام به البعض.. سقط عن الباقين.

قلنا: إن كلمة «أو» ذكرت في موضع الإنشاء، فتوجب التخيير بين الثلاثة على احتمال الإباحة، حتى إذا فعل الكل.. جاز أيضاً، فالحمل على وجوب الكل على البدل: إلغاء للنص عن مقتضاه مع إمكان العمل به، وذلك باطل، فيكون الواجب أحدها؛ لأنه عمل بمقتضاه.

والقياس على فرض الكفاية باطل؛ لأنه واجب على سبيل الجمع، لكنه يسقط بإتيان البعض عن الباقين، بخلاف ما نحن فيه.

وقولهم: التكليف بالمجهول تكليف ما [٥٥٩/ب] ليس في الوسع.. ممنوع لأن التكليف مبني على سبب العلم لا على حقيقته؛ كبنائه على سبب القدرة لا على حقيقتها، وهو حاصل؛ لأن باختيار المكلف وشروعه في العقل يصير معلوماً.

وإنما قلنا: على احتمال الإباحة؛ لأن التخيير الثابت بكلمة «أو» على وجهين:

أحدهما: أن يتناول واحداً، ولا يجوز إرادة الجمع بين الكل نحو: «أُطلق من نسائي فلانة أو فلانة» أو «أعتق من عبدي فلاناً أو فلاناً»؛ فإنه يثبت التخيير، ولا يجوز الجمع؛ لأن هذه الأشياء كانت محظورة على المأمور قبل الأمر، وتثبت الإباحة بالأمر، وإنه يتناول واحداً من الجملة فيقتصر عليه.

والثاني: أن يثبت التخيير، ويجوز الجمع بين الكل؛ كقولك: «جالس الحسن أو ابن سيرين» وكما فيما نحن فيه من خصال الكفارة، فيجوز الجمع؛ لأن هذه الأشياء كانت مباحة قبل الأمر، فبقيت على الإباحة بعده.

كُلَّ وَاحِدٍ ثوباً يسترُ عَامَّةَ بَدَنِهِ. وَهو الصَّحِيحُ، فَلَا يُجزِىءُ السَّرَاوِيلُ.

(كل واحد)؛ أي: من العشرة (ثوباً) واحداً وهو أدناه؛ فإن قيل: النص ورد بصيغة الجمع، فكيف يكون لكل واحد ثوباً؟

قلنا: بناء على قاعدة: إن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد.

(يستر عامة بدنه، وهو الصحيح) احترز به عما روي عن محمد: أن أدنى الثوب الذي يجزئه عن الكفارة: هو ثوب تجوز فيه الصلاة.

(فلا تجزىء السراويل)؛ أي: على الصحيح؛ لأن لابس السراويل يسمى عرياناً عرفاً.

فعلى هذا: لا بد أن يعطيه قميصاً أو جبة أو رداء أو قباء أو إزاراً سابلاً بحيث يتوشح به.

وعلى ما روي عن محمد: يجوز أن يعطيه السراويل.

وروي عنه تقييده بالرجل، حتى لو أعطى السراويل لامرأة.. لا يجوز؛ لأنه لا تصح صلاتها فيه.

وجه الصحيح: أن المعتبر ما ثبت به اسم المكتسي وانتفى عنه اسم العريان لصحة الصلاة وعدمها؛ فإنه لا دخل له في الأمر بالكسوة؛ إذ ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسياً.

والمرأة إذا كانت لابسة قميصاً سابلاً وإزاراً وخماراً غطى رأسها وأذنيها دون عنقها.. لا شك في ثبوتها اسم أنها مكتسية لا عريانة، ومع هذا: لا تصح صلاتها.. فالعبرة لثبوت ذلك الاسم، صحت الصلاة أو لا؛ فإذا لم تجزىء السراويل عن الكسوة على الصحيح.. فهل يجزىء عن الطعام إذا كان قيمة السراويل تساوي نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير؟

قالوا: إنه يجزىء عن الطعام.

فَإِن عجزَ عَن أَحدِهَا عِنْدَ الْأَدَاءِ.. ....

وكذا: لو أعطى كل مسكين نصف ثوب، يساوي قيمة ذلك النصف نصف صاع من بر، أو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كبير القيمة يصيب كل واحد منهم أكثر من قيمة ثوب.. لم يجزه من الكسوة لكن يجزئه من الطعام إذا كان قيمة ما يصيب كل واحد منهم نصف صاع من بر أو صاع من شعير.

وهل تشترط النية أو لا؟

ذكر شيخ الإسلام: أنه يجزئه في ظاهر الرواية، نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو.

وعن أبي يوسف: [٥٦٠/أ] إذا نوى أن يكون بدلاً.. يجزئه عن الطعام، وإلا.. لا يجزئه.

وقال زفر: لا يجزئه، نوى أو لم ينو.

وفي «الخلاصة»: وفي الثوب يعتبر حال القابض؛ إن كان يصلح للقابض.. يجوز، وإلا.. فلا.

وقال بعض مشايخنا: إن كان يصلح لأوساط الناس.. يجوز، قال شمس الأئمة: وهذا أشبه بالصواب.

ولو أعطى ثوباً خليقاً عن كفارة اليمين، إن أمكن الانتفاع به أكثر من نصف مدة الجديد؛ أعني: أكثر من ثلاثة أشهر.. جاز. انتهى.

(**فإن عجز عن أحدها**) - أي: أحد الثلاثة المذكورة - (**عند الأداء**) إنما قيد العجز بوقت الأداء؛ لأن العجز قبل وقت الأداء غير معتبر عندنا، حتى لو حنث وهو معسر، ثم أيسر.. لا يجوز له الصوم، وفي عكسه: يجوز له الصوم.

وقال الشافعي: العجز واليسار معتبر بوقت الحنث لا بوقت الأداء، حتى عكس الأمر فيما ذكرناه.

قلنا: إن الصوم بدل عن التكفير بالمال، فيعتبر فيه وقت الأداء - كالتيمم بدل

صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ.

عن الماء فيصار إليه عند عدم الماء وقت الاستعمال - عند عدم الأصل، ثم يشترط استمرار العجز إلى الفراغ من الصوم، فلو صام يومين، ثم أيسر.. لا يجوز له الصوم على ما في «الخانية» ثلاثة أيام متتابعات.

وقال الشافعي: يخير؛ لإطلاق النص وهو قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾.

قلنا: يقيده قراءة ابن مسعود.

(.. **صام ثلاثة أيام متتابعات**)، وهي كالخبر المشهور يصح أن يقيد به المطلق فيقيده به؛ فإن الحادثة متحدة والنصين المطلق والمقيد وردا في الحكم، بخلاف ما ورد في صدقة الفطر من قوله ﷺ: «أدوا عن كل حر وعبد» وقوله ﷺ: «أدوا عن كل حر وعبد مسلم» حيث لم نحمل المطلق على المقيد، بل عملنا بكل من المطلق والمقيد؛ لأن النصين هنا وردا في الأسباب؛ أعني الرأس، ولا منافاة في الأسباب، حتى يجب الحمل على المقيد؛ دفعاً للتنافي كما فيما نحن فيه.

تحقيقه: أن الفعل الواحد - كالصوم فيما نحن فيه - يستحيل أن يكون مطلوباً بقيد التتابع وبإطلاقه؛ لأن الإطلاق يوجب جوازه مفرقاً ومتتابعاً، والقيد إذا وجب.. يلزم التنافي بالضرورة، فيجب الحمل على المقيد، وهذه المنافاة منتفية في صدقة الفطر؛ إذ لا منافاة في الأسباب، فيكون كل من المطلق والمقيد سبباً وتحقيقه: أنا لو قلنا بمفهوم المخالفة.. فحينئذٍ يكون الحاصل من المطلق: أن ملكه العبد مطلقاً سبب لوجوب الأداء عنه مسلماً أو كافراً.

والحاصل من المقيد: أن ملكه العبد المسلم سبب لوجوب الأداء، وغير المسلم ليس سبباً، فيتعارضا المطلق والمقيد في غير المسلم بمقتضى مفهوم المخالفة؛ فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق.. لزم انتفاء سببية غير المسلم، ولزم أن المراد: أن المسلم هو السبب لا غير، وهو الحمل على المقيد ضرورة، لكنا لم نقل بمفهوم المخالفة، فبقي مقتضى المطلق بلا معارض، [٥٦٠/ب] فصار المسلم وغير المسلم [سبباً].

ولَا يجوزُ التَّكْفِيرُ قبل الْحِنْثِ.

(ولا يجوز التكفير قبل الحنث) لا بالمال ولا بالصوم.

وقال الشافعي: يجوز بالمال قبله.

وأصل الخلاف: أن سبب الكفارة: هو الحنث عندنا، وعند الشافعي: هو اليمين والحنث شرطه؛ بدليل أنها تضاف إلى اليمين كما في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ وكما في قوله لأهل اللغة والعرف: كفارة اليمين ولا يقولون: كفارة الحنث، والإضافة دليل سببيّة المضاف إليه للمضاف الواقع حكماً شرعياً، أو متعلقه كما فيما نحن فيه؛ فإن الكفارة مُتَعَلَّق الحكم الذي هو الوجوب، وإذا ثبت سببيته.. جاز تقديم الكفارة على الحنث؛ لأنه شرط لوجوب أدائها على ما دل عليه التعليق في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ وحنثتم، والتقديم على شرط وجود الأداء بعد وجوب السبب جائز عقلاً وثابت شرعاً؛ كتقديم الزكاة [على] الحول بعد وجود السبب الذي هو ملك النصاب، وكتقديم الدين المؤجل، وكتقديم التكفير بعد الجرح على الموت بالسراية.

ومقتضى هذا الأصل: أن لا يفترق بين المال والصوم وهو القول القديم، وفي الجديد: لا يقدم الصوم؛ لأن تقدم الواجب بعد وجود السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعاً إلا في المالية؛ كالزكاة فيقتصر عليه، ولأن أصل الوجوب حاصل بالسبب، ووجوب الأداء متراخٍ إلى وجود الشرط.

والحقوق المالية ينفصل وجوب أدائها عن نفس الوجوب؛ لأن المال مع الفعل يتغايران.. فجاز أن يتصف المال بالوجوب، ولا يثبت وجوب الأداء الذي هو الفعل؛ كالثمن المؤجل يجب في الذمة ولا يجب أداؤه.

وأما البدنية فلا تحتمل الفصل؛ لأن الصوم والصلاة عبارة عن الفعل المخصوص، ولا يتصور وجوب الفعل بدون وجوب أدائه، فلما تأخر وجوب الأداء

وَلَا كَفَّارَةَ فِي حلِف كَافِرٍ وَإِن حَنِثَ مُسلماً.

وَلَا تصحُّ يَمِينُ الصَّبِيّ وَالْمَجْنُونِ والنائمِ.

بالإجماع.. انتفى الوجوب، فلا يجوز الأداء قبل الوجوب، ولهذا لا يجوز تعجيل الصوم قبل الشهر، ويجوز تعجيل الزكاة قبل الحول.

قلنا: إن السبب هو الحنث؛ لأن أدنى درجات المسبب، هو الإفضاء إلى السبب، واليمين غير مفض إليه، بل مانع له؛ لأنه إنما شرع للبر المنافي للزوم الكفارة فأين الإفضاء إليها؟! فلا يكون سبباً، لكنه يسمى سبباً مجازاً باعتبار ما يؤول إليه؛ لأنه يصير سبباً في المآل ومفضياً إليها، ولهذا أضيفت إليه، لا لكونه سبباً حقيقياً على ما زعمه الخصم، وإذا كان السبب الحقيقي هو الحنث.. لم يجز تقديمها على الحنث؛ لأن تقديم المسبب على السبب لا يجوز، وما ذكره من تقديم الزكاة وتقديم التكفير وتقديم صدقة الفطر ثابت بالنص على خلاف القياس، فيقتصر على مورده، ولا يقاس عليه غيره، ثم إذا لم يجز تقديمها على الحنث.. فهل يسترد من الفقير على تقدير دفعه لها إليه قبل الحنث؟

قالوا: [٥٦١/أ] لا يسترد لوصول الثواب إليه وإن لم يجز عن كفارته.

(**ولا كفارة في حلف كافر، وإن حنث مسلماً**)، وقال الشافعي: عليه الكفارة بالمال؛ لأن اليمين تعقد للبر، والكافر أهل له لاعتقاده تعظيم اسم الله تعالى.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ إِنَّهُمۡ لَآ أَيۡمَٰنَ لَهُمۡ﴾ والكافر ليس بأهل للبر؛ لأنه إنما يكون ممن يعظم اسم الله تعالى والكافر ليس كذلك، بل هو انتهاك بحرمته.

وفي «فتح القدير»: وكذا: إذا حلف مسلماً، ثم ارتد، ثم أسلم فحنث.. لا يلزمه شيء، وكذا أيضاً إذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم.. لا يلزمه شيء عندنا بعد الإسلام، ولا قبله. انتهى.

(**ولا يصح يمين الصبي والمجنون والنائم**)؛ لعدم الأهلية في الصبي والمجنون،

ولعدم الاختيار في النائم والمغمى عليه، والمعتوه: مثل النائم.

قال في «الأشباه»: ولا ينعقد يمين الصبي، فلو كان مأذوناً فباع فوجد المشتري عيباً.. لا يحلفه حتى يدرك؛ كما في «العمدة».

ولو ادعى على صبي محجور، ولا بينة له.. لا يحضره القاضي؛ لأنه لو حلف فنكل.. لا يقضى عليه.

وقال في النوع السابع من كتاب القاضي من «البزازية»: والصبي المأذون يحلف كالبالغ.

قال نصير: لا يحلف الصبي المأذون؛ لأنه لا يحنث، ولا يلزمه الدين إلا بإقرار أو بينة.

وعلماؤنا: على أنه يحلف، وبه نأخذ.

ويجوز أن يكون على الاختلاف الذي [ذكرناه]: أن النكول [بذل] أو إقرار، وكذا المكاتب والعبد التاجر.

وفي الأقضية: ادعى على صبي محجور مالاً وله بينة.. يحضره مجلس الحكم ويشير إليه في الدعوى ويدعي على أبيه ويقيم البينة.

وهكذا ذكره في باب اليمين من دعوى «قاضي خان» فقال: إن الصبي المأذون إذا ادعي عليه مال وأنكره؛ قال بعضهم: لا يحلف.

وقال أبو الليث: يحلف في قول علمائنا، وبه نأخذ.

وقال بعضهم: إنه لا يحلف على قول أبي حنيفة؛ لأن فائدة التحليف عنده النكول، والنكول عنده بذل، والصبي لا يملك البذل، وعندهما: يحلف؛ لأن النكول عندهما إقرار والصبي من أهل الإقرار.

وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يحلف عند الكل.

* * *

(فَصْلٌ)

وحروفُ الْقَسَمِ: الْوَاو، وَالْبَاءُ، وَالتَّاءُ.

(فَصْلٌ)

(**وحروف القسم**) وهو جملة إنشائية غير مستقلة تؤكد بها جملة أخرى.

(**الواو والباء والتاء**)؛ لأن كل ذلك معهود في الكلام ومذكور في القرآن ومستعمل في القسم وإن لم يوضع له في أصل الوضع، وإنما الموضوع له هو لفظة: «أيم الله» وما يؤدي معنى القسم من نحو: «لعمر الله» على ما سيأتي بيانها.

أما الباء: فهو موضوع للإلصاق، ومستعمل في القسم بهذا المعنى أيضاً؛ لأنهم لما احتاجوا إلى إلصاق الحلف بما يقسمون به.. استعملوها فيه استعمالهم في نحو: «كتبت بالقلم» إلا أنهم حذفوا الفعل لكثرة القسم في كلامهم اكتفاء بدلالة الباء كما حذفوا في «بسم الله»، فقالوا: «بالله لأفعلن» كذا يريدون به: «أحلف بالله» أو «أقسم بالله» [٥٦١/ب].

وأما الواو: فإنها استعملت في القسم بدلاً من الباء لمناسبة بينهما صورة ومعنى؛ أما الصورة فلأنها حرفي شفة، وأما المعنى: فإن العطف بين الشيئين نظير الإلصاق بينهما.

وأما التاء: فلأنها ليست من حروف المعاني، ولكنها استعيرت لمعنى الواو توسعة في القسم لشدة الحاجة إلى القسم لكثرته، والمناسبة بينهما كونهما من حروف الزيادة.

ثم الباء أصل في هذا الباب، تدخل على الظاهر والمضمر؛ نحو: «بالله» و«به» و«بك» لأفعلن، **ويجوز إظهار الفعل معها وإضماره** نحو: «أحلف بالله» و«بالله لأفعلن».

والواو تدخل على الظاهر دون المضمر، ولا يقال «وك»، **ولا يجوز إظهار الفعل معها**، ولا يقال: «أحلف والله لأفعلن كذا».

وَقد تُضمَرُ؛ كاللهِ لا أَفعلُهُ.

والتاء تدخل على لفظة الله خاصة، ولا يجوز إظهار الفعل معها، ولا يقال: «أحلف تالله لأفعلن».

ومن حروف القسم أيضاً: اللام، وحرف التنبيه؛ نحو: لله، وها الله.

(وقد تضمر) حروف للقسم للاختصار؛ لأنه متعارف، وإنما قدر بإضمار حرف القسم لما في «المحيط»: إن حرف التأكيد في المقسم عليه وهو اللام والنون لا يضمر أصلاً، بل لا بد من ذكرهما، ولذا قالوا: الحلف بالعربية أن يقول في الإثبات: «والله لأفعلن كذا» أو «والله لقد فعلت كذا» بكلمة التوكيد، وفي النفي: أن يقول: «والله لا أفعل كذا، والله ما فعلت كذا»، حتى لو قال: والله أفعل كذا اليوم فلم يفعل.. لا يلزمه الكفارة ويكون بمعنى قوله: لا أفعل كذا، فتكون كلمة مضمرة فيه؛ لأن الحلف في الإثبات عند العرب لا يكون إلا بحرف التوكيد وهو اللام والنون نحو: «والله لأفعلن كذا»، قال الله تعالى: ﴿وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُم﴾. كذا في «البحر».

(ك: «الله لا أفعله») واختلفوا في نصبه؛ فقال البصريون: إنه منصوب على نزع الخافض، إلا إذا عوض بهمزة الاستفهام أو هاء التنبيه ك: «آلله ما فعلت كذا، وها الله ما فعلت كذا».

وقال الكوفيون: يجوز الخفض، سواء كان بعوض أو بغير عوض، ثم على جواز حذف حرف القسم لو قال: والله الله لا أكلم زيداً، فكلمه.. فعليه كفارة واحدة؛ لأن الثاني بدل من الأول لا نعت؛ لأنه غير مشتق عند الجمهور، فكأنه سكت واستأنف الحلف بقوله: «الله»، وكذا لو جعل نعتاً للأول على تقدير جواز الاشتقاق على ما ذهب إليه البعض؛ فكأنه قال: و«الله المعبود الحق لا أكلم زيداً»، وكذلك قوله: «والله الرحمن لا أكلم زيداً»، ولو قال: والله والرحمن.. يلزمه كفارتان.

وَالْيَمِينُ: بِاللهِ.

وعند أبي يوسف وزفر: كفارة واحدة لاتحاد المقسم عليه؛ لأن قوام اليمين بالمقسم به وعليه، فلما يتحد اليمين باتحاد المقسم به مع تعدد المقسم عليه.. فكذا يتحد باتحاد المقسم عليه مع تعدد المقسم به.

قلنا: إن قوله: «والله» مقسم به وقوله: «والرحمن» معطوف عليه، [٥٦٢/أ] فكان غيره في تسمية الحالف، فتعدد الاستشهاد، فتعدد الهتك، فتعددت الكفارة؛ لأنها جزاء الهتك.. فصار في حق المقسم به بمنزلة اليمين وإن كان البر واحداً، إلا أن ينوي بالواو في «الرحمن» واو القسم، فيكون يميناً واحداً لانقطاع الأول حينئذ، بخلاف قوله: «والله والله لا آكله» حيث يحمل الثاني على واو القسم بلا حاجة إلى نية، حتى يلزمه كفارة واحدة في ظاهر الرواية؛ لأن عطف الشيء على نفسه قبيح فيجعل للقسم.

وعن محمد: إنه يمينان. كذا في «الكشف» و«التقرير».

وقد وقع في أكثر نسخ الكتاب هكذا: «الله أفعله» في صورة الإثبات، وهو في معنى: الله لا أفعله لما ذكرناه قبيل هذا.

ثم لما ذكر حروف القسم.. شرع في بيان الألفاظ التي ينعقد بها اليمين، فقال: (واليمين بالله)؛ أي: ينعقد بهذا اللفظ بلا نية، وكذا لو قال: «لله» باللام بدل الباء، وهو المختار على ما في «الهداية».

وعن أبي حنيفة: أنه لو قال: لله علي أن لا أكلم زيداً.. لا يكون يميناً؛ لأن الصيغة صيغة نذر ويحتمل معنى اليمين، ولو قال: «والله» بغيرها.. يكون يميناً، وكذا: «بالله» بغيرها.. يكون يميناً. كذا في «البحر».

بخلاف نحو: باسم الله، ولا إله إلا الله أو سبحان الله أفعل كذا.. فإنها لا تكون يميناً ما لم ينو بها اليمين. على ما في «الخلاصة».

أَو باسمٍ مِن أَسْمَائِهِ؛ كالرحمنِ والرحيمِ وَالْحقِّ.

وَلَا يفْتَقرُ إِلَى نِيَّةٍ ....

ولكنه ذكر في «المنتقى» رواية ابن رستم عن محمد: إن اسم الله يمين مطلقاً، والمختار: هو الأول.

ولو قال: وبسم الله بالواو.. ففي «الخلاصة»: إنه يمين، وقيل: لا يكون يميناً، وفي «فتح القدير»: وهو المختار.

وفي «البحر»: مثل الحلف بالله: بالذي لا إله إلا هو، ورب السموات والأرض، ورب العالمين، ومالك يوم الدين، والأول الذي ليس قبله شيء، والآخر الذي ليس بعده شيء. انتهى.

والذي ظهر منه: أنه لا يحتاج فيه إلى النية.

(**أو باسم من أسمائه**) والمراد بالاسم ههنا: ما يكون دالاً على ذاتٍ موصوفةٍ بصفة؛ (**كالرحمن والرحيم والحق**) احترز به عن حقٍّ منكَّرٍ، وعن حقِّ الله بالإضافة؛ لأنهما لا يكونان يميناً؛ لأن ما يكون من أسماء الله تعالى هو الحق المعرف باللام، بخلاف المنكَّر والمضاف على ما سيأتي.

(**ولا يفتقر**) - أي: الحالف بالله وباسم من أسمائه - (**إلى نية**)، لكنه لو نوى.. يقع على ما نوى.

ولهذا قال في «البزازية»: لو قال: «الله ليفعلن كذا» أو مع الواو، فقال الآخر: نعم، إن أراد المبتدي الحلف والمجيب أيضاً.. فهما حالفان؛ لأن «نعم» تقتضي إعادة ما في السؤال، وإن قصد المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف.. فالحالف هو المجيب، وإن لم ينو كل منهما شيئاً.. فالمجيب هو الحالف في قوله: «الله» والمبتدي في قوله: «والله».

وإن قصد المبتدي الاستحلاف والمجيب أن لا يكون عليه يمين، ويكون قوله: «نعم» على معناه بلا يمين.. [٥٦٢/ب] فهو كما نوى، ولا يمين على واحد منهما. انتهى.

إِلّا فِيمَا يُسمَّى بِهِ غَيرُهُ؛ كالحكيمِ والعليمِ.

(إلا فيما يسمى به غيره؛ كالحكيم والعليم).

واعلم: أن الحلف بالله والرحمن والرحيم والحق... وغيرها من أسماء الله تعالى كلها، سواء كان مما يسمى به غيره أو لا: صحيح منعقد، سواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارف، ولا يحتاج فيه إلى النية في ظاهر الرواية؛ لأنه يعتقد تعظيم الله تعالى فيصلح ذكره حاملاً أو مانعاً؛ لأن اليمين بالله تعالى ثبت نصاً لقوله ﷺ: «من حلف.. فليحلف بالله أو ليصمت». متفق عليه. والحلف بأسماء الله تعالى كلها: حلف بالله تعالى، وما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف.

وقال بعض مشايخنا: كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن والرحيم.. فهو يمين لا حاجة فيه إلى النية، وما سمي به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والحليم والقادر؛ فإن أراد به الله تعالى.. يكون يميناً، وإلا.. فلا.

وفي «الخلاصة» و«البزازية» و«التبيين»: الصحيح هو ظاهر الرواية، لا ما اختاره بعض المشايخ؛ لأن الحلف بغير الله تعالى حرام، والظاهر من حاله: أنه لا يباشر الحرام، فحمل على اليمين بالله تعالى ما لم ينو خلاف ذلك؛ فإن نوى خلافه.. لا يكون يميناً؛ لأنه لو نوى محتمل كلامه.. فيكون صحيحاً.

فعلى هذا: استثناء المصنف: «ما سمي به غيره عما قبله» إنما يتمشى على قول بعض المشايخ.

ثم إن المصنف جعل «الرحيم» مما لا يسمى به غير الله تعالى وجعله في «البزازية» مما يسمى به غيره كالحليم، ولعل الصواب ما ذكره المصنف؛ إذ لا يسمى به غيره إلا بإضافة العبد إليه نحو: «عبد الرحيم».

وقال في «قاضي خان»: ولو قال بالله لا أفعل كذا وسكَّن الهاء أو نصبها أو رفعها.. يكون يميناً؛ لأنه ذكر الله تعالى بحرف القسم، والخطأ في الإعراب لا يمنع صحة اليمين.

أَو بِصفةٍ من صِفَاتِهِ يُحلَفُ بهَا عرفاً؛ كعزَّةِ اللهِ، وجلالِهِ، وكبريائِهِ، وعظمتِهِ، وَقُدرتِهِ.

ولو قال: الله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها.. لا يكون يميناً لانعدام حرف القسم، إلا أن يعربها بالكسر.. فيكون يميناً؛ لأن الكسر لا يقتضي سبق الخافض وهو حرف القسم، وقيل: يكون يميناً بدون الكسر أيضاً.

ولو قال: بالله بكسر الهاء لا أفعل كذا؛ قالوا: لا يكون يميناً؛ لأنه لم يذكر اسم الله تعالى، إلا إذا أعربها بالكسر وقصد اليمين. انتهى، كذا في «البحر» عن «الظهيرية».

ثم قال: وينبغي أنه إذا نصب الهاء.. يكون يميناً بالاتفاق؛ لأن أهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل من الوجهين، ولكن النصب أكثر. كذا في «غاية البيان».

وبه يندفع ما في «المبسوط»: من أن النصب مذهب أهل البصرة، والخفض مذهب أهل الكوفة، إلا أن يكون مراده: أن الخلاف في الأرجحية لا في أصل الجواز.

(**أو بصفة**) عطف على بالله؛ والمراد بالصفة ههنا: ما يكون قائماً بالذات، لا المشتقات ما كان متعارفاً لا مطلقاً، ولهذا قال: يحلف بها عرفاً.

ففي «الخلاصة»: إن اليمين

[٥٦٣/أ] ما يكون باسم من أسماء الله تعالى أو بصفاته مما كان متعارفاً، ثم الحلف باسم يبتنى على حروف القسم، وهي: الباء والواو والتاء. انتهى.

فظهر منه: أن الحلف بصفة لا يبتنى على حروف القسم.

(**من صفاته يحلف بها عرفاً**) صفةَ ذاتٍ أو صفةَ فعلٍ (**كعزة الله وجلاله وكبريائه وعظمته وقدرته**) هذا عند مشايخنا؛ فإنهم قالوا: من حلف بصفة من صفات الله تعالى ذات أو صفة فعل.. ينظر؛ إن تعارف الناس الحلف بها.. يكون يميناً، وإلا..

لَا بِغَيْرِ الله تعالى كالقرآنِ ....

فلا؛ لأن صفات الله تعالى؛ في الحرمة كذات الله تعالى؛ فإنها ليست بحادثة في ذاته خلافاً لما يقوله الكرامية والمعتزلة، على ما بين في محله.

وقال مشايخنا العراقيون: إن حلف بصفة من صفات الذات.. يكون يميناً إلا العِلْم، وإن حلف بصفة من صفات الفعل.. لا يكون يميناً، وفرقوا بينهما: **بأن كل وصف جاز أن يوصف به الله تعالى وبضده.. فهو من صفات الفعل**؛ كالرضاء والغضب والسخط والرحمة والرأفة والمنع والإعطاء.

وكل وصف جاز أن يوصف به الله تعالى لا بضده.. فهو من صفات الذات؛ كالقدرة والعزة والعظمة والكبرياء والجلال... وغيرها.

ألحقوا صفات الذات بالاسم ولم يلحقوا صفات الفعل به، وعليه خرجوا المسائل.

وفي «التبيين»: والصحيح ما اختاره العامة من عدم الفرق بينهما بعد تحقق العرف بالحلف بها؛ لأن صفات الله تعالى كلها قديمة.. فلا يستقيم الفرق بينها، والأيمان مبنية على العرف؛ فما تعارف الناس بالحلف به.. يكون يميناً؛ صفة ذات أو فعل، وما لا.. فلا.

واعلم: أن مشايخنا الحنفية الماتريدية ومشايخ الأشعري اختلفوا في صفات الأفعال؛ أي: التي تدل على التأثير، ولها أسماء يجمعها اسم التكوين، ومحل بيان هذا: عِلمٌ آخر بينَّاه ثمة.. فارجع إليه.

(**لا بغير الله تعالى**)؛ لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «لأن أحلف بالله كاذباً.. أحب من أن أحلف بغيره تعالى صادقاً»، ولما رويناه مرفوعاً من قوله ﷺ: «من كان حالفاً.. فليحلف بالله أو ليصمت».

(**كالقرآن**)؛ لأن الحلف به غير متعارف، ولأنه قد يراد به الحروف والنقوش، فيكون حلفاً بغير الله تعالى. كذا عللوه.

وَالنَّبِيّ، ....

وقال في «فتح القدير»: لا يخفى عليك أن الحلف بالقرآن متعارف الآن، فيكون يميناً كما هو قول الأئمة الثلاثة.

وتعليل عدم كونه يميناً - بأنه غيره تعالى؛ لأنه مخلوق؛ لأنه حروف ونقوش، وغير المخلوق: إنما هو الكلام النفسي - منع بأن القرآن كلام الله تعالى منزل غير مخلوق.

ولا يخفى: أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة، وما ثبت قدمه.. امتنع عدمه، غير أنهم أوجبوا ذلك؛ لأن العوام إذا قيل معهم القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقاً، وإنما الحلف بكلام الله تعالى.. فيجب أن يدور مع العرف.

وأما الحلف بخان شريف ومثله الحلف [٥٦٣/ب] بحياة رأسك وحياة رأس السلطان.. فذلك؛ إن اعتقد أن البر واجب فيه.. يَكْفر. انتهى.

ثم قال نقلاً عن «تتمة الفتاوى»: أخاف على من قال بحياتي وحياتك أنه يكفر، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمونه.. لقلت إنه شرك.

(والنبي) لما رويناه وذكرناه.

وفي «فتح القدير»: هذا إذا قال والقرآن والنبي لا أفعل كذا، وأما إذا حلف بأن قال: أنا بريء من القرآن والنبي.. كان يميناً؛ لأن التبرؤ منهما كفر، فيكون في كل منهما كفارة يمين.

وكذا إذا قال: هو بريء من الصلاة والصوم.. يكون يميناً عندنا.

وكذا هو بريء من الإسلام إن فعل كذا.

ولو رفع كتاب فقه أو كتاب حساب فيه البسملة، فقال: هو بريء مما فيه إن فعل، ففعل.. لزمته الكفارة. انتهى.

وَالْعـرشِ، والكعبـةِ، وَلَا بِصـفةٍ لَا يُحلَـفُ بهَـا عرفـاً؛ كرحمتِـهِ، وَعلمِـهِ، وَرِضَاهُ، وغضبِهِ، وَسخَطِهِ، وعذابِهِ.

وَقولُهُ: لَعَمرُو اللهِ: يَمِينٌ،......................................

فإن قيل: سلمنا أن التبرؤ من القرآن والنبي ومن سائر الكتب السماوية والإسلام والأحكام الشرعية كفر، لكن كونه كفراً ليس بيمين ولا يستلزمها، ألا ترى: أنه لو قال: بحياتك لأفعلن كذا واعتقد أن التبرئة واجب.. فهو كفر، وليس بيمين؟

أجيب: بأنه لما قال: إن فعلت كذا أنا بريء من النبي مثلاً.. فقد جعل لذلك علماً على الكفر الحاصل بالبراءة منه، فاعتقاده واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً.. فكان يميناً.

(والعرش والكعبة) لما رويناه وذكرناه.

(ولا بصفة)؛ أي: من صفات الله تعالى (لا يحلف بها عرفاً؛ كرحمته وعلمه ورضاه وغضبه وسخطه وعذابه)؛ لعدم العرف فيها، ولأن الرحمة يراد بها: غاياتها وأثرها - أعني: المحبة والمطر وغيرهما - لأن معناهما الحقيقي - أعني: رقة القلب - غير متصور في حقه تعالى، والعلم يراد به: المعلوم، والغضب والسخط: يراد بهما العقوبة، فلا يكون يميناً.

(وقوله: لعمرو الله: يمين)؛ لأن العمر بالفتح والضم: البقاء، إلا أن الفتح في القسم غلب، حتى لم يجز فيه الضم، والبقاء من صفات الذات، فيكون لعمر الله مبتدأ والخبر محذوف تقديره لبقاء الله قسمي؛ أي: هو الذي أقسم به.

وفي «فتح القدير»: المضموم لا يستعمل في القسم، ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط، بخلاف: «عمرو» العَلَمِ فإنها ألحقت به للفرق بينه وبين «عُمَر».

هذا إذا دخل عليه اللام، وإذا لم يدخل عليه اللام.. نصب نصب المصادر، فيقول: عمر الله ما فعلت، ويكون على حذف حرف القسم كما في «الله لأفعلن»،

وَكَذَا: وَايْمُ اللهِ، وسوكند خورم بخداي.

وَكَذَا قَوْلُهُ: وعهدِ اللهِ، وميثاقِهِ،..................................

وأما قولهم: عمرك الله ما فعلت، فمعناه: بإقرارك له بالبقاء، وينبغي أن لا ينعقد يميناً؛ لأنه حلف بفعل المخاطب وهو إقراره.

(وكذا «وايم الله») لأن معناه: أيمن الله، حذفت النون للتخفيف، وهو جمع يمين على قول الأكثرين.

والأصل في همزة «ايمن»: القطع إلا أنها وصلت لكثرة الاستعمال وبقيت فتحتها، ولو كانت للوصل.. لكانت مكسورة، وعند البصريين: هي كلمة بنفسها مفردة ليس بجمع توصل بها للقسم؛ كالباء في الله وهمزتها للوصل، [٥٦٤/أ] ثم الأصل في كونهما يميناً: العرف.

(وسوكند خورم بخداي) للعرف، ولأنه للحال، بخلاف ما لو قال: سوكند خورم بطلاق زنم.. لا يكون يميناً؛ لعدم التعارف.

على ما في «الخلاصة».

ولو قال: سوكند خورم بخداي؛ قيل: يمين، وقيل: لا يكون يميناً؛ لأنه وعد.

(وكذا قوله: وعهد الله وميثاقه)؛ أي: عندنا.

وعند مالك وأحمد: ولو بلا نية.

وقال الشافعي: لا يكون يميناً بلا نية؛ لأن العهد والميثاق يحتمل العبادات، فلا يكون يميناً إلا بالنية.

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ لا يفيد أن العهد يمين؛ لجواز كونهما شيئين: الأمر بالإيفاء بالعهد، والنهي عن نقض الأيمان المؤكدة بأيّ معنى فرض النقض.

قلنا: إن أهل التفسير لما جعلوا المراد بالأيمان: هي العهود المتقدم ذكرها، أو ما هو في ضمنها.. وجب الحكم باعتبار الشرع إياها يميناً، وإن لم يكن حلفاً

وَأُقسِمُ، وأَحلِفُ، وَأَشْهدُ وَإِن لم يقل بِاللَّهِ.

بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يميناً، وإن لم يكن فيه ذلك، وأيضاً غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرفان إليه، ولا يصرفهما عنه إلا نية عدمه.

فالحالات ثلاثة: نية اليمين، ونية عدمه، وعدم النية بشيء من اليمين وعدمه.

ففي الأول والثالث: يكون يميناً.

وفي الثاني: لا يكون يميناً؛ لأن نية عدمه يكون صارفاً عنه.

وكذا الذمة والأمانة؛ كأن يقول: وذمة الله لأفعلن، والميثاق: بمعنى العهد، وكذا الذمة، ولهذا يسمى الذمي معاهداً.

والأمانة: على هذا الخلاف بيننا وبين الشافعي.

ولو قال: علي عهد الله وأمانته وميثاقه، ولا نية له.. فهو يمين واحد عندنا، ولو حنث.. لزمته كفارة واحدة.

وإذا كرر مع الواو نحو: والله والرحمن والرحيم.. يجب عليه بكل لفظ كفارة؛ لأن كل لفظ يمين بنفسه، وهو القياس.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يمين واحد لزمته كفارة واحدة عند الحنث؛ كما إذا ذكر بدون الواو. كذا في «فتح القدير».

(**وأقسم وأحلف وأشهد وإن لم يقل بالله**).

واعلم: أنه إذا حلف بفعل القسم أو الحلف أو الشهادة؛ فإما بلفظ الماضي أو المضارع، وكل منهما؛ إما موصول باسم الله تعالى أو بصفة من صفاته، أو لا يكون كذلك.

فإذا كان ماضياً موصولاً باسم الله تعالى مثل: أقسمت بالله أو حلفت بالله أو شهدت بالله لأفعلن كذا.. يمين مطلقاً بلا خلاف، وكذا لو قال: عزمت بالله. على ما في «فتح القدير».

وإذا كان مضارعاً موصولاً بالاسم مثل: أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله.. فكذلك عندنا ولو بلا نية.

وقال الشافعي: لا يكون يميناً إلا بالنية؛ لاحتمال أن يريد به المستقبل وعداً لا الإنشاء الحالي.

قلنا: إن هذه الصيغ حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على مذهب المنصور، ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه، [٥٦٤/ب] فوجب صرفه إلى حقيقته، وقد يستدل بأن العرف في هذه الألفاظ هو الإنشاء الحالي لا الوعد.

وإن لم يكن موصولاً باسم الله تعالى في الماضي والمضارع نحو: أقسمت، أو حلفت، أو عزمت، أو أقسم، أو أحلف. على ما ذكره المصنف.

فعندنا: هو يمين أيضاً؛ نوى أو لم ينو على ما أشار إليه المصنف بإطلاقه.

وقال زفر: إن نوى.. يكون يميناً، وإلا.. فلا.

وقال الشافعي: ليس بيمين؛ نوى أو لم ينو، واستدلوا عليه بأن: أقسم وأحلف وغيرهما.. يحتمل أن يكون بالله وبغيره، وكذا يحتمل أن يكون وعداً استقبالياً وإنشاء حالياً.. فلا يتعين أن يكون يميناً.

ولا يخفى عليه: أن هذا إنما يكون وجهاً لقول زفر لا لقول الشافعي.

قلنا: إن هذه الصيغ حقيقة في الحلف، فينصرف إليه، ولأن الحلف بالله هو المعهود المشروع، وبغيره محظور، فينصرف إلى الحلف بالله.

ولهذا قالوا: لا يحتاج إلى النية على ما أشعره إطلاق المصنف.

وقيل: لا بد من النية؛ لاحتماله: الوعد الاستقبالي، ولليمين بغير الله تعالى. هكذا ذكر هذا الخلاف في «الهداية» وغيرها.

ومنهم من صرح: أن هذه الألفاظ ولو بلا موصول باسم الله تعالى: يمين؛ نوى أو لم ينو، ومرادهم: إذا نوى اليمين أو لم ينو شيئاً؛ أما إذا نوى غيره أو عدم كونه

يميناً.. فلا شك أنه لا يكون يميناً فيما بينه وبين الله تعالى، إلا أن يكون حالفاً لمن يستحق اليمين عليه شرعاً.. فإن اليمين حينئذ على نية المستحلف لا الحالف، كذا في «فتح القدير».

وقد ذكرنا في أول الباب: أن النية إلى الحالف أو إلى المستحلف فارجع إليه.

ثم اعلم: أنه اعترض بعض مشايخنا على قولهم أن: أقسم، أو أحلف يمين، بأن اليمين ما كان حاملاً على فعل شيء، أو تركه موجباً للبر، وعند فوات البر.. يكون موجباً للكفارة على وجه الخلافة عن البر.

وقولهم: أقسم أو أحلف.. لا يكون موجباً من البر شيئاً بمجرده؛ لأنه لم يعقد يمينه على فعل شيء أو تركه، فكيف يكون يميناً؟! ولأن الكفارة إنما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه لسبب هتك حرمة اسم الله، وليس في «أقسم» مجرداً هتك اسم الله تعالى، فكيف يكون موجباً للكفارة؟! ولأنه صيغة مضارع؛ فكما تكون للحال.. تكون للاستقبال، فلو وجبت الكفارة من حيث إنها للحال.. لم تجب من حيث إنها للاستقبال، ولم تكن واجبة قبل هذا، فلا تجب بالشك، لا سيّما في حق الكفارة؛ فإنها ملحقة بالحدود، حتى أنها إذا اجتمعت.. تداخلت كالحدود.

ثم أجاب عنه: بأن قولهم: أقسم، أو أحلف ألحق بقولهم: عليَّ يمين، وهو يوجب الكفارة - على ما صرح به في «الذخيرة» - لأن «عليّ» للإيجاب، واليمين لا يوصف بالوجوب، وإنما الموصوف بالوجوب: موجبه - أعني: البر - وهو غير ممكن ههنا، أو خلفه - أعني: الكفارة - وهو ممكن ههنا بأن يجعل كلامه إقراراً [٥٦٥/أ] بالكفارة؛ صوناً لكلامه عن الإلغاء؛ فإذا أمكن.. يحمل عليه.

وكذلك قوله: «أقسم» إخبار عن القسم في الحال، وما ثمة قسم؛ لأنه عبارة عن جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى على ما تقدم، ولم يوجد منه شيء.. فيجعل إقرار الوجوب موجب اليمين بطريق الخلافة، وهو الكفارة، وإذا كان إقراراً بها.. لم

يحتج إلى وجوب البر ابتداءً، ولا إلى تصور هتك اسم الله تعالى، ولا إلى جعل تلك الصيغة للاستقبال.

هذا، ولا يخفى عليك: أن مبنى هذا الاعتراضِ والجوابِ: أن مجرد قولهم: «أقسم»، أو «أحلف» يمين، وموجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث، وليس الأمر كذلك؛ لأنه لا بد من ذكر المحلوف عليه في اليمين، وإلا.. فلا ينعقد يميناً.

ومرادهم بقولهم: «أقسم» و«أحلف» و«أشهد» يمين: أن هذه الألفاظ تصلح أن تكون يميناً؛ فإن ذكر المقسم عليه.. ينعقد اليمين وتجب الكفارة عند الحنث، وإلا.. فلا. كذا في «البحر».

ثم قال تأييداً له: وقد ذكر محمد في «الأصل» هذه الألفاظ كلها، ثم قال - أي: محمد - فهذه الألفاظ أيمان؛ فإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وحنث.. وجبت عليه الكفارة. انتهى.

وقال في «فتح القدير» تشنيعاً على ما ذكرناه من بعض المشايخ: إن اليمين لا يكون إلا بذكر المقسم عليه، وما ذكر في «الذخيرة» وغيرها - من قوله: «عليَّ يمين» موجب للكفارة بدون ذكر المحلوف عليه - معناه: إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين.. تجب الكفارة، ولا شك في ذلك، وإنما ترك في ذلك للعلم به.

ثم قال: إن قول محمد في «الأصل» - وإذا حلف بشيء من هذه الألفاظ ليفعلن كذا فحنث.. وجبت الكفارة - صريح في اشتراط الحنث في وجوب الكفارة.

ثم قال رداً على الجواب المذكور: - إن من الظاهر أن مجرد الإقرار يوجب الكفارة - لا توجب الكفارة، إلا إذا كان في القضاء؛ لأنه يؤاخذ بإقراره، وليس الكلام في أن يقول: أقسمت عند القاضي، بل لو أقر به.. كان سبيله أن يفتيه بقوله: إن كنت صادقاً.. فعليك الكفارة، وإنما الكلام في الحنث في اليمين وهو الإنشاء.

وَكَذَا: عليَّ نذرٌ، أَو يَمِينٌ، أَو عهدٌ وَإِن لم يضف إِلَى اللهِ.

والحق: أن قوله: «عليَّ يمين» إذا لم يزد عليه شيء على وجه الإنشاء لا الإخبار.. يوجب الكفارة بناء على أنه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداءً؛ كما في قوله: علي نذر؛ إذا لم يزد عليه.. فإنه مثله من صيغ النذر، ولو لم يكن كذلك.. لغا، بخلاف نحو: أقسم وأحلف وأشهد.. فإنها ليست من صيغ النذر، فلا يثبت به الالتزام ابتداءً. انتهى.

(**وكذا: عليّ نذر، أو يمين، أو عهد، وإن لم يضف إلى الله**)، وهذا ليس على إطلاقه؛ لأنه إنما يكون يميناً إذا ذكر المحلوف عليه، بأن قال: علي نذر لأفعلن كذا، أو لا أفعل كذا، أو علي نذر الله لا أفعلن كذا، أو لا أفعل كذا، حتى إذا لم يف بما حلف [٥٦٥/ب] عليه.. لزمته كفارة يمين، وهذا إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئاً من القرب كحج أو صوم؛ **فإن نوى بقوله**: «علي نذر إن فعلت كذا» قربةً مقصودة يصح النذر بها، ففعل.. **لزمته تلك القربة**.

قال الحاكم.. وإن حلف بالنذر؛ فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة.. فعليه ما نوى، وإن لم يكن له نية.. فعليه كفارة يمين، وقوله ﷺ: «من نذر نذراً لم يسمه.. فكفارته كفارة يمين» وإن كان يوجب الكفارة مطلقاً إلا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة.. كانت كالمسماة؛ لأنها مسماة بالكلام النفسي، فينصرف هذا الحديث إلى ما لا نية معه من لفظ النذر.

وأما إذا قال: علي نذر أو علي نذر الله، ولم يزد على ذلك.. فلم يكن يميناً؛ لأن اليمين إنما يتحقق بذكر المقسم عليه، فالحكم فيه: أن تلزمه الكفارة، فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة.

هذا في لفظ النذر بدون تسمية المنذور.

وأما إذا ذكر صيغة النذر - بأن يقول: لله علي صلاة ركعتين أو صوم يوم - مطلقاً عن الشرط أو معلقاته به - نحو: إن جاء فلان.. فعلي صوم يوم - أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور - مثل: لله علي صوم يوم - معلقاً أو منجزاً فسيأتي بيانه عن قريب.

وَكَذَا قَوْلُهُ: إِن فعلَ كَذَا.. فَهُوَ كَافِرٌ، أَو يَهُودِيٌّ، أَو نَصْرَانِيٌّ، أَو بريءٌ مِنَ اللهِ وَلَا يصير كَافِراً بِالْحِنْثِ فِيهَا؛ سَوَاءٌ علَّقَهُ بماضٍ أَو مُسْتَقْبلٍ إِن كَانَ يعلم أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِن كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ يكفرُ.. يصيرُ بِهِ كَافِراً.

فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر، وبيان قوله: عليّ يمين سبق آنفاً، والعهد معناه.

(**وكذا قوله: «إن فعل كذا.. فهو كافر أو يهودي أو نصراني أو بريء من الله»**) يمين؛ لأنه لما جعل الشرط المذكور علماً على الكفر ومعتقده حرمة الكفر.. فقد اعتقد الشرط واجب الامتناع - فكأنه قال: حرمت على نفسي فعل كذا، كدخول الدار مثلاً، ولو قال: دخول الدار علي حرام.. كان يميناً - فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يميناً.

فإن قيل: فهل يمكن القول بوجوب امتناعه حتى يعتبر اعتقاده ذلك؟

قلنا: قد أمكن وجوبه لغيره بجعله يميناً، فيعتبر اعتقاده ذلك.

(**ولا يصير كافراً بالحنث فيها، سواء علقه بماض أو مستقبل إن كان يعلم أنه يمين، وإن كان عنده أنه يكفر**)؛ أي: بالحلف في الغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل (**.. يصير به**) - أي: بالحلف أو بالمباشرة - (**كافراً**) على الصحيح، على ما في «الهداية» و«النهاية» و«التبيين»: أنه إن كان جاهلاً بأنه يمين وبأن الحالف يصير به كافراً أو لا.. يصير أيضاً كافراً، وذلك لأن الجهل في الأمور الدينية ليس بعذر.

وقال محمد بن مقاتل: إنه إن قال ذلك لشيء قد فعله في الماضي؛ فإن كان صادقاً.. فلا شيء عليه أصلاً.

وكذا إذا كان يعلم أنه صادق عنده.

وإن كان يعلم أنه كاذب.. يكفر؛ لأنه علق الكفر بما هو موجود، والتعليق بالموجود تنجيز، فصار كأنه قال: هو كافر.

وعن أبي يوسف أنه لا يكفر اعتباراً بالمستقبل.

وَقَولـه: إِن فعلَـهُ فَعَلَيـهِ غضـبُ اللهِ، أَو سَـخَطُهُ، أَو لعنتُـهُ، أَو هُـوَ زَانٍ، أَو سَارِقٌ، أَو شَارِبُ خمرٍ، أو آكلُ رَباً.. لَيْسَ بِيَمِينٍ.

وعن محمد أنه إذا قال: هو يهودي إن فعل كذا، [٥٦٦/أ] هو نصراني إن فعل كذا.. فهما يمينان.

وإن قال: هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا.. فهو يمين واحدة؛ لأن **في الأول**: كل واحد من اللفظين كلام تام بذكر الشرط والجزاء، **وفي الثاني**: كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة.

وفي «لسان الأحكام» عن «فتاوى الولوالجي» قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله، أو من هذه القبلة، أو من صوم رمضان، أو من الصلاة.. فهذا كله يمين؛ لأن البراءة من هذه الأشياء كفر.

ولو قال: إن فعلت كذا.. فأنا بريء من الكتب الأربعة، ففعل.. **فعليه كفارة واحدة**.

ولو قال: أنا بريء من التوراة وبريء من الإنجيل وبريء من الزبور وبريء من القرآن.. فعليه أربع كفارات؛ لأنها أربعة أيمان.

ولو قال: أنا بريء من الله ورسوله.. فعليه كفارة واحدة إن حنث؛ لأنها يمين واحدة.

ولو قال: أنا بريء من الله وبريء من رسول الله.. فعليه كفارتان.

ولو قال: أنا بريء مما في المصحف ومن كل آية من المصحف.. فعليه كفارة واحدة؛ لأنه يمين واحد.

(وقوله: «إن فعله.. فعليه غضب الله أو سخطه أو لعنته أو هو زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل رباً».. ليس بيمين)؛ لعدم التعارف فيها كلها، ولأن الثلاثة الأولى: دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط، والباقية: تحتمل النسخ والتبديل؛ لأن الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة يحتمل أن يكون حلالاً على وجه

وكَذَا قَوْلُهُ: حَقاً، وَحقِّ الله، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَكَذَا قَوْلُهُ: سوكند خورم بخداي يا بطلاق زن.

وَمن حَرَّمَ مِلكه.. لَا يحرمُ، ....

النكاح أو ملك اليمين، والخمر والربا يحتمل النسخ في الحقيقة وإن لم يرد فيهما النسخ؛ فإذا احتمل ذلك.. لم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة اسم الله؛ لأنها لا تحتمل السقوط أصلاً، فلا يكون يميناً.

(**وكذا قوله: حقاً أو وحق الله**)؛ لأن المنكَّر يراد به التحقيق؛ فكأنه قال: افعل كذا تحقيقاً لا محالة، والمضاف يراد به: طاعة الله تعالى على ما ورد فيما روي عن النبي ﷺ مرفوعاً، فيكون الحلف بهما حلفاً بغير الله تعالى، فلا يكون يميناً، بخلاف الحق معرفاً باللام على ما سبق. «وحرمة الله» مثل: «حق الله» على ما في «البزازية».

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ أي: في المضاف في إحدى الروايتين عنه، وله أن الحق من صفات الله تعالى، فصار كأنه قال: «والله الحق»، والحلف بهذا اللفظ متعارف، فوجب كونه يميناً، وهو قول مالك وأحمد والشافعي.

والجواب عنه: ما ذكرناه من أنه يمين بغير الله تعالى، فلا يعتبر.

ولو قال: وجه الله.. لا يكون يميناً، خلافاً لأبي يوسف.

ولو قال: أمانة الله.. يكون يميناً في رواية عن محمد، خلافاً لأبي يوسف أيضاً. على ما في «الزيلعي».

وفي «البزازية»: لو قال: حقاً.. لا يكون يميناً، وقيل: أنه يكون يميناً. انتهى.

(**وكذا قوله سوكند خورم بخداي يابطلاق زن**)، أي: لا يكون يميناً؛ لعدم التعارف فيه.

(**ومن حرم ملكه**) بأن قال: مالي عليَّ حرام، أو ثوبي هذا، أو جاريتي فلانة عليَّ حرام، أو حرمت على نفسي ثوبي هذا، أو طعامي هذا (.. **لا يحرم**)؛ [٥٦٦/ب] لأنه قلب المشروع، ولا قدرة له على ذلك.

وَإِن اسْتَبَاحَهُ أَو شَيْئاً مِنْهُ.. فَعَلَيهِ الْكَفَّارَةُ.

والمراد: المحرم لنفسه، وإلا.. لا يصح قوله: (وإن استباحه)، أي: فعل شيئاً مما حرمه على نفسه قليلاً، أو كثيراً على ما صرح به في «الهداية»، فعلى هذا.. لا حاجة إلى عطف قوله (أو شيئاً منه)؛ للاستغناء عنه بالتفسير المذكور.

(.. فعليه الكفارة)، أي: كفارة يمين؛ لأن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة، ولا يجوز أن يكون حرمة لعينها؛ لأنه قلب المشروع، فتكون حرمة لغيرها بإثبات موجب اليمين وهو: البر أصالة، والكفارة خلافة إن حنث، وفيه إعمال اللفظ ما أمكن، وهو واجب عند الإمكان فيصار إليه.

وقال الشافعي ومالك: لا كفارة عليه؛ لأنه قلب الموضوع.. فلا ينعقد به اليمين، فيلغو، إلا في النساء والجواري؛ لأنه ورد الشرع في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده، ولا يتجاوز غيره، وهو قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلى قوله ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾، فبين سبحانه وتعالى أنه حرم شيئاً مما هو حلال له، وإن فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله: ﴿تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾، فعلم أنه سبحانه وتعالى جعل تحريم ما أحل الله له يميناً تجب فيها الكفارة، وهي نزلت في تحريم مارية.

قلنا: إنه كما ورد أنها نزلت في تحريم مارية، ورد أيضاً أنها نزلت في تحريم العسل على ما في «الصحيحين» عن عائشة رضي الله عنها: أنه ﷺ شرب عند زينب عسلاً فحرم على نفسه.. فنزلت، فلا تكون حجة لهم، ولو سلم أنها نزلت في تحريم مارية، لكن العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص المورد.

وقوله: ﴿مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ عام لكل حلال.

ثم اعلم: أن تقييد الحرمة بملكه في قوله: «ومن حرم ملكه» ليس على ما ينبغي، ولو قال: «ومن حرم شيئاً».. لكان أولى؛ ليشمل الأعيان والأفعال، وملكه وملك غيره، وما كان حلالاً وما كان حراماً، فيدخل فيه مثل: «كلام زيد عليَّ حرام،

وكلامك عليَّ حرام»، ومثل: «دخول هذا المنزل عليَّ حرام»، ونحوه، ويدخل أيضاً نحو: «هذا الطعام عليَّ حرام» لطعام لا يملكه؛ لأن ما لا يملكه، وإن حرم عليه التصرف فيه.. لكنه يصير به حالفاً، حتى لو أكله حلالاً، أو حراماً.. لزمته كفارة؛ لأن حرمته لا تمنع تحريمه حلفاً، ألا ترى إلى قولهم: فيما لو حرم الخمر على نفسه، فقال: الخمر علي حرام؟!

إن المختار للفتوى: أنه أراد به التحريم، يعني: الإنشاء.. تجب الكفارة إذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر، وإن أراد الإخبار، أو لم يرد شيئاً.. لا تجب الكفارة؛ لأنه أمكن تصحيحه إخباراً.

ولو قال: الخنزير عليَّ حرام، ففي «فتح القدير»: أنه ليس بيمين، إلا أن يقول إن أكلته، وقيل: هو على قياس الخمر، وهو الوجه.

واعلم: أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان: انصراف اليمين [٥٦٧/أ] إلى الفعل المقصود منها؛ كما في تحريم الشرع لها في نحو: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾ وحرمة الخمر والخنزير أنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل.

ولذا قال في «الخلاصة» و«البزازية»: لو قال: هذا الثوب علي حرام فلبسه.. حنث، إلا أن ينوي غيره، ولو قال: إن أكلت هذا الطعام، فهو عليَّ حرام فأكله.. لا يحنث، وكذا لو قال: إن أكلت عندكم طعاماً فهو حرام.. لا يحنث بالأكل.

وفي «المنتقى»: إذا قال لغيره: كل طعام آكله في منزلك.. فهو علي حرام.

ففي القياس: لا يحنث إذا أكله، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف.

وفي الاستحسان: يحنث، والناس يريدون بهذا: أن أكله حرام. انتهى.

وعلى هذا فيجب في التي قبلها - وهو قوله: إن أكلت هذا الطعام، فهو عليَّ حرام - أن يحنث إذا أكله في الاستحسان.

وَقَوْلُهُ: كلُّ حَلَالٍ عليَّ حرَامٌ: على الطَّعَامِ وَالشرَابِ،.................

وكذا ما في «الخلاصة» عن الحيل: إن أكلت طعاماً عندك أبداً فهو حرام فأكله.. لم يحنث، ينبغي أن يكون جواب القياس، وفي الاستحسان: يحنث.

ولو قال لقوم: كلامكم عليَّ حرام، أيهم كلم منهم.. حنث، ولو قال والله لا أكلمهم.. لا يحنث حتى يكلمهم.

وفي «مجموع النوازل»: وكذا لو قال: كلام فلان وفلان عليَّ حرام، فكلم أحدهما.. حنث، وكذا كلام أهل بغداد.

وكذا لو قال: هذا الرغيف عليَّ حرام فأكل منه لقمة.. حنث، كذا في «الخلاصة».

وقال في «قاضي خان»: قال مشايخنا: الصحيح أنه لا يكون حانثاً؛ لأن قوله: هذا الرغيف عليَّ حرام، بمنزلة قوله: والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال هكذا.. لا يحنث بأكل البعض، فكذا هذا الرغيف عليَّ حرام.

(وقوله: كل حلال عليَّ حرام) يحمل (على الطعام والشراب)، إلا أن ينوي غير ذلك.

والقياس: أن يعم الأفعال كلها ويحنث كما فرغ منه؛ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس وتحريك الجفنين وفتح العينين - وهو قول زفر - بناءً على انعقاده على العموم.

ووجه الاستحسان: أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم؛ لعدم إمكان أن لا يتنفس وأن لا يتحرك العينان والجفنان.

والظاهر: أنه ليس الغرض منه الحنث، فلا بد أن يصرفه من العموم؛ لضرورة سقوط اعتبار العموم؛ فإذا وجب صرفه.. ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف؛ فإن هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب، فلا يتناول المرأة أيضاً؛ لعدم العرف فيها إلا بالنية؛ فإذا نوى.. صح دخولها فيه؛ لاتصال النية بلفظ صالح

وَالْفَتْوَى: أَنهُ تطلقَ امْرَأَتُهُ بِلَا نِيَّةٍ.

وَمثلُهُ: حَلَال بروي حرَام.

وَقَوله: هرجه بدست راست كيرم بروي حرَام.

وَمَن نذرَ نَذراً مُطلقاً...

لها، بخلاف نحو: اسقيني إذا أريد به الطلاق حيث لا يصح؛ لعدم الصلاحية، ثم إذا نواها.. كان إيلاء؛ لأن الحلف على قربانها إيلاء، ومع هذا لا ينصرف عن الطعام والشراب، فأيها فعل.. يحنث، وإذا كان إيلاء.. فهو إيلاء مؤبد؛ فإن تركها أربعة أشهر.. بانت إلى آخر ما مر من أحكام الإيلاء المؤبد، وهذا كله جواب ظاهر [٥٦٧/ب] الرواية.

وقال مشايخ بلخ - كأبي بكر الإسكاف، وأبي بكر بن أبي سعيد، وأبي جعفر - : يقع به الطلاق منجزاً بلا نية؛ لغلبة الاستعمال في الطلاق فينصرف إليه من غير نية، وبه أخذ أبو الليث وعليه الفتوى على ما في «الهداية».

ولهذا قال المصنف: (**والفتوى: أنه تطلق امرأته بلا نية**) لما ذكرناه من غلبة الاستعمال فيه، ولكنه قال الإمام البزدوي: ولم يتضح لي عرف الناس في هذا؛ لأن من لا امرأة له يحلف به؛ كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العرف مستفيضاً في ذلك.. لما استعمله إلا ذو الحليلة.

فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا، ويقول إن نوى الطلاق.

(**ومثله: حلال بروي حرام**) للعرف فيه أيضاً.

(**وقوله: هرجه بدست راست كيرم بروي حرام**) قيل: يشترط في هذا اللفظ النية، والأظهر: أنها لا تشترط؛ للعرف فيه في الطلاق.

(**ومن نذر نذراً مطلقاً**)، أي: غير معلق بشرط، لا المطلق عن تسمية المنذور؛ إذ لا بد من التسمية به؛ كأن يقول: لله علي صوم شهر، أو حجة، أو صدقة، أو صلاة

أَو مُعَلّقاً بِشَرْطٍ يُريدهُ؛ كَإِن قدمَ غائبي وَوُجِدَ.. لزِمَهُ الْوَفَاءُ.

ركعتين، ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب.. فعليه الوفاء به، وهذه شروط للزوم النذر.

فخرج بالأول: نذر المعصية؛ سواء كانت حراماً لعينها مثل: لله علي أن أقتل فلاناً.. فإنه يمنع انعقاد النذر، أو حراماً لغيرها؛ كنذر صوم يوم العيد.. فإنه ينعقد نذراً، ولا يلزمه الوفاء به، بل يفطر ويصوم في يوم آخر ومع هذا لو صامه يوم العيد.. خرج عن العهدة.

وخرج بالشرط الثاني: النذر بالوضوء لكل صلاة.

وخرج بالشرط الثالث: النذر بعيادة المريض، وقد ذكرناه في آخر كتاب الصوم.

وإنما قلنا: لا بد من تسمية المنذور؛ لأنه لو لم يسم المنذور، فقال: إن فعلت كذا.. فعلي نذر: ففيه تفصيل:

إن نوى قربة من القرب التي يصح النذر بها؛ كالحج والعمرة.. فعليه ما نوى؛ لأنه يحتمله لفظه.

وإن لم يكن له نية بقربة من القرب.. فعليه كفارة اليمين، بخلاف ما إذا سمى المنذور؛ فإنه يكون نذراً قطعاً.

(**أو معلقاً بشرط يريده**)، ولابدَّ من تسمية المنذور أيضاً لما ذكرناه؛ (**كإن قدم غائبي**).. فلله عليَّ كذا، أو إن يشفي الله مريضي هذا فلله عليَّ كذا (**ووجد**) الشرط الذي يريده (.. **لزمه الوفاء**) بالنذر المسمى في الصورتين، ولا ينفعه كفارة اليمين، وكذا في المعلق بشرط لا يريده في ظاهر الرواية، وبه أفتى القاضي الإمام علي السغدي.

والمراد بلزوم الوفاء: لزومه من حيث إنه قربة.. لا بكل وصف التزمه به: أو عين.

حتى لو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره، أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق [٥٦٨/أ] في غد، أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذر.. أجزأه في كل ذلك.

أو قال: لله علي أن أذبح جزوراً وأتصدق بلحمه فذبح مكانه سَبْعَ شياه.. جاز على ما صرح به في «الخلاصة».

أو نذر لفقراء مكة، أو مدينة وصرف إلى فقراء غيرهما.. جاز؛ لأن المقصود: التقرب إلى الله، ولا مدخل لحصول المكان، خلافاً لزفر.

له: أنه أتى بغير ما نذره.

ولنا: أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر.. لا دخل لها في صيرورته قربة، وقد أتى بالقربة الملتزمة، كذا في «فتح القدير».

وكذا إذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفاً منه، أو فيما لا شرف له.. أجزأه، خلافاً لزفر.

له: أنه نذر بزيادة قربة.. فلزمه.

قلنا: عرف من الشرع أن التزامه ما هو قربة موجب، ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان، بل إنما عرف ذلك لله تعالى، فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه إلى لزوم التخصيص بمكان.. فكان ملغى وبقي لازماً بما هو قربة.

وإنما قلنا: لا دخل لها في صيرورته قربة؛ لأن ماله دخل في صيرورته قربة معتبرة في التزامه، حتى لو نذر ركعتين بلا وضوء.. يصح نذره عند أبي يوسف، وعليه الوفاء بالوضوء؛ لأنه حين نذر ركعتين.. لزمتاه بوضوء؛ لأن التزام المشروط التزام الشرط، فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو.

ونظيره: ما إذا نذرهما بلا قراءة.. لزمه ركعتان بقراءة، أو نذر أن يصلي ركعة واحدة.. لزمه ركعتان، أو نذر ثلاثاً.. لزمه أربع.

وقال محمد: لا يصح النذر بالصلاة بلا وضوء؛ لأنه من باب نذر المعصية.

قلنا: ممنوع، إنما تكون معصية إن لو ألزمناه كذلك، وليس كذلك، بل ألزمناه مع الوضوء كما ترى.

فإن قيل: ما الفرق لمحمد بين نذر الصلاة بلا وضوء ونذرها بلا قراءة، حيث أبطل الأول وأجاز الثاني.

أجيب: بأن الصلاة بلا طهارة ليست بعبادة، والصلاة بلا قراءة قد تكون عبادة كصلاة الأمي، ثم المراد بالوفاء: هو الوفاء بما لزمه من المسمى، لا الوفاء بالمسمى مطلقاً، حتى لو قال: إن فعلت كذا.. فألف درهم من مالي صدقة، ففعل وهو لا يملك إلا مئة.. لا يلزمه إلا المئة؛ لأنه فيما لم يملك.. لم يوجد في الملك، ولا مضافاً إلى سببه، فلا يصح فيه؛ كقوله: مالي في المساكين صدقة، ولا مال له.. فإنه لا يصح، فكذا هذا، كذا في «البحر».

ومن هذا قال في «الخلاصة» و«المحيط»: لو التزم بالنذر أكثر مما يملكه فقط، وهو المختار.

ثم اعلم أن بمجرد التعليق بشرط يريده.. لا يكون نذراً وإن وجد الشرط، بل لا بد من ذكر لفظة الله، أو التصدق؛ لما قال في «الخلاصة» و«البزازية» [٥٦٨/ب] و«فتح القدير» و«البحر»: أنه لو قال: إن برئت من مرضي هذا ذبحت شاة، أو: علي شاة أذبحها فبرأ.. لا يلزمه شيء.

ولو قال: علي شاة أذبحها وأتصدق بلحمها.. لزمه.

وقال في «قاضي خان»: لو قال: إن برئت من مرضي هذا ذبحت شاة فبرأ.. لا يلزمه شيء، إلا أن يقول: إن برئت.. فلله علي أن أذبح شاة.

وَلَو علَّقهُ بِشَرْطٍ لَا يُرِيدُهُ؛ كَإِن زَنَيْتُ.. خُيِّرَ بَينَ الْوَفَاءِ والتَّكفيرِ، هُوَ الصَّحِيح.

فظهر منه: أنهِ لا يكون نذراً بمجرد التعليق بشرط يريده ما لم يذكر لفظة الله، أو ما يدل على القربة؛ مثل لفظة التصدق، وهذا لما عرفت أن من شرط النذر: أن يكون المنذور قربة مقصودة، والذبح ليس بقربة.

(ولو علقه بشرط لا يريده كإن زنيت)، وإن دخلت الدار فعلي صوم شهر (..خُيِّر بين الوفاء) بالمسمى، (والتكفير) كفارة يمين (هو الصحيح)، أي: التفصيل بين شرط يريده وبين شرط لا يريده.. هو الصحيح على ما في «الهداية».

والأصل ههنا: أن أبا حنيفة قال أولاً: إن من نذر مطلقاً، أو معلقاً بشرط يريد كونه، أو لم يرد كونه وسمى المنذور.. فعليه الوفاء بما سمى، لكن في المطلق: في الحال، وفي المقيد: عند وجود الشرط، ولا ينفعه كفارة اليمين؛ لقوله ﷺ: «من نذر وسمى.. فعليه الوفاء بما سمى»، حيث أطلق ولم يفصل بين المطلق والمقيد، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده، ولو أنجز النذر عند وجود الشرط.. لم يكفه الكفارة، فكذا هذا.

ثم رجع عن هذا إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بالنذر المسمى في المعلق بالشرط؛ حيث قال: إذا قال: إن فعلت كذا فعلي حجة، أو صوم شهر.. أجزأه عن ذلك كفارة يمين، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً.

روي عن عبد العزيز بن خالد عن الوليد بن أبان: أنه رجع إليه قبل موته سبعة أيام وهو قول محمد، وبه كان يفتي إسماعيل الزاهد.

والأصل فيه: ما روي في السنن مرفوعاً أن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة اليمين».

وقال مشايخنا: هذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه؛ دفعاً لتعارض الحديثين.

فحملوا الحديث الأول: على النذر المرسل وعلى المقيد بشرط يريد كونه.

وَمَن وَصَلَ بحلفِهِ: «إِن شَاءَ اللهُ».. فَلَا حِنثَ عَلَيْهِ.

والحديث الثاني: على النذر المقيد بشرط لا يريد كونه؛ جمعاً بين الدليلين، فاختاره المصنف.

والفقه في ذلك: أن في الشرط الذي لا يريد كونه، كلامُهُ يشتمل على معنى النذر واليمين جميعاً، أما النذر: فظاهر، وأما اليمين: فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط، فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريده؛ لانعدام معنى اليمين فيه، كذا قالوا.

وفيه بحث؛ لأنهم إن أرادوا حصر الصحة في هذا؛ أعني: القول المرجوع إليه من حيث الرواية.. فليس بصحيح؛ لأنه ليس على ظاهر الرواية، بل على رواية «النوادر»؛ لأن على ظاهر الرواية: يلزمه الوفاء بالنذر المسمى [٣٦٩/أ]، وإن أرادوا حصر الصحة من حيث الدراية لدفع التعارض.. فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل، والآخر على المعلق، من غير تفرقة بين ما يريده، وما لا يريده من الشرط.

اللهم إلا أن يختار الثاني، ويقال: أرادوا الحصر من حيث الدراية، لكن لا لدفع التعارض فقط، بل له وللمعنى الفقهي الذي هو وجود معنى اليمين وعدمه.

واعلم: أن لفظ النذر يمين لا نذر، إلا أن ينويه؛ كما في «البزازية»: إن فعلت كذا فعليَّ نذر.. فهو يمين عند عدم النية.

وفي «قاضي خان»: لو قال: عليه نذر لله، أو عليه نذر أن لا أفعل كذا.. يكون يميناً.

وفي «الدرر» إذا نذر بأن قال: لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها.. فعليه أن يفي به، ولو لم يف.. يأثم، ولكن لا يجبره القاضي. انتهى.

(ومن وصل بحلفه)، أي: بحيث لا يعد في العرف منفصلاً حتى لا يضر قطعه بتنفس، أو سعال («إن شاء الله».. فلا حنث عليه) لما رواه ابن مسعود وابن عباس مرفوعاً: «من حلف على يمين، وقال: إن شاء الله.. فلا حنث عليه»، وقوله: على يمين، أي: على محلوف عليه.

* * *

(بَابُ الْيَمينِ فِي الدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ والإتيانِ وَالسُّكْنَى وَغيرِ ذَلِكَ)

حَلَفَ لَا يدْخلُ بَيْتاً فَدخلَ الْكَعْبَةَ، أَوِ الْمَسْجِدَ، أَو الْبِيعَةَ، أَو الْكَنِيسَةَ.. لَا يَحْنَثُ.

(بَابُ اليَمين)

(في الدُّخُول وَالخُرُوج والإتْيَان والسُّكْنى وَغَيْر ذلك)

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه.. لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال التي ترد فيها اليمين، ولا سبيل إلى حصرها لكثرتها، فذكر القدر الذي ذكره الأصحاب في كتبهم في أبواب خمسة على ما ترى.

واعلم أن الأيمان مبنية على العرف الذي وقع به التخاطب عندنا.

لا على الحقيقة اللغوية مجرداً عن كونها عرفاً؛ كما هو عند الشافعي.

ولا على الاستعمال القرآني؛ كما هو عند مالك.

ولا على البينة مطلقاً؛ كما هو عند أحمد.

وذلك؛ لأن التكلم إنما يكون بألفاظ يقع بها التخاطب، ويراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف؛ سواء كان العرف لغوياً، أو غيره.

وعلى هذا تبتنى الفروع الآتية:

فلو (حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة، أو المسجد، أو البيعة) - بكسر الباء معبد النصارى - (، أو الكنيسة) - معبد اليهود - (.. لا يحنث) لما ذكرناه من أن الأيمان مبنية على العرف، والبيت في العرف ما أعد للبيتوتة، وهذه البقاع ما أعدت لها، بل للعبادة.. فسقط ما قيل: إن الله تعالى سمى الكعبة وبيت العنكبوت في القرآن بيتاً.. فيجب أن يحنث بهما؛ لأنها ليست مبنية على الاستعمال القرآني، بل على العرف.

واعترض عليه بما في «الذخيرة» و«الظهيرية»: أنه إذا حلف لا يهدم بيتاً.. فهدم بيت العنكبوت.. حنث.

وأجاب عنه بعض المشايخ: بالحمل على الخطأ؛ عملاً بالعرف على إطلاقه.

وأجاب بعضهم: بأن حمل الكلام على العرف مقيد بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته.. وأما إذا أمكن العمل بحقيقته، فيعمل بحقيقته، والحمل عليها ممكن فيما ذكر.

ورده في «فتح القدير» وقال: [٥٦٩/ب] ولا يخفى أن هذا يصيِّر المعتبر الحقيقة اللغوية، إلا ما ليس له وضع لغوي من الألفاظ، بل أحدثه أهل العرف، وإن ماله وضع لغوي ووضع عرفي.. يعتبر معناه اللغوي، وإن تكلم به متكلم من أهل العرف - وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف - فإنه لم يصير المعتبر إلا اللغة إلا ما تعذر، وهذا بعيد؛ إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم إلا بالعرف الذي وقع به التخاطب؛ سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة، أو غيرها إن كان من غيرها.

نعم، ما وقع استعماله مشتركاً بين أهل اللغة وأهل العرف.. تعتبر اللغة على أنها العرف.

وأما المسألة المذكورة في «الذخيرة» و«الظهيرية»: فالوجه فيه إن كان نواه في عموم بيتاً.. حنث، وإن لم يخطر له.. وجب أن لا يحنث؛ لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت.

وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف: أنه إذا لم يكن له نية.. كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفياً له، وإن كان له نية شيء واللفظ يحتمله.. انعقد اليمين باعتباره. انتهى.

قوله: واللفظ يحتمله: احتراز عما لا يحتمله اللفظ؛ فإنه لو نوى لما لا يحتمله اللفظ.. لا ينعقد اليمين باعتباره، وهل ينعقد باعتبار الغرض؟

ففي «البحر»: إذا كان في اليمين ملفوظ به.. يجوز تعيين أحد محتمليه بالغرض، وأما الزيادة على الملفوظ.. فلا يجوز بالغرض، فلو حلف لا أبيعه بعشرة

وَكَذَا لَو دخلَ دهليزاً أَو ظِلَّةَ بَابِ دَارٍ إِن كَانَ لَو أُغلِقَ يبْقى خَارِجاً،....

فباعه بتسعة.. لا يحنث وإن كان غرضه المنع عن النقصان؛ لأن الناقص عن العشرة ليس مذكوراً في لفظه، ولا يحتمله لفظه.

وفي «الخلاصة»: ولو حلف البائع، فقال: عبده حر إن بعت هذا منك بعشرة فباعه بعشرة دراهم ودينار، أو بأحد عشر درهماً.. لم يحنث، ولو باعه بتسعة.. يحنث استحساناً. انتهى.

وفي «الحاوي الحصيري»: والمعتبر في الأيمان: الألفاظ دون الأغراض، فمراد صاحب «البحر» بقوله: فباعه بتسعة.. لا يحنث: جواب القياس، وكذا مراد الحصيري.

(**وكذا لو دخل دهليزاً**) - هو بكسر الدال: المدخل إلى الدار، أي: ما بين الباب والدار على ما في «الصحاح» والمراد ههنا: هو دهليز البيت، وبيان دهليز الدار سيأتي من بعد - قيل: إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يكون داخلاً وهو مسقف.. يحنث؛ لأنه يبات فيه عادة، وقيل: إن كان الدهليز كبيراً بحيث يبات فيه.. يحنث بدخوله؛ لأن مثله يعتاد ببيتوتته للضيوف في بعض القرى، وفي المصر يبيت فيه بعض الأتباع في بعض الأوقات.

(**أو ظلة باب دار إن كان لو أغلق**) الباب (**يبقى خارجاً**).

قال في «المغرب»: قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب، وذكر صاحب «الحضر»: أن الظلة هي التي أحد طرفي جذوعها على [٥٧٠/أ] هذا الدار، وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل. انتهى.

وفي «الهداية»: الظلة تكون على السكة.

وقال في «العناية»: أراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار، ولا يكون فوقه بناء، وإنما.. لم يحنث فيها مطلقاً؛ لأنه لا ينطلق عليها اسم البيت، ولعدم البيتوتة فيها.

وإِلّا.. حَنِثَ كَمَا لَو دخلَ صُفَّةً.

وَقيل: لَا يَحْنَثُ فِي الصُّفَّةِ أَيْضاً.

وَفِي حَلِفِهِ لَا يدْخلُ داراً فَدخلَ دَاراً خربةً.. لَا يَحْنَثُ.

وَلَو قَالَ: «هَذِه الدَّار» فَدَخلَهَا خربةً صحراءَ، أَو بَعْدَمَا بُنِيَتْ دَاراً أُخْرَى.. حنثَ.

ولو كان فوقها بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق.. لا يحنث أيضاً إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه؛ لأنه ليس من جملة بيته.

(وإلا)، أي: وإن لم يبق خارجاً (.. حنث)؛ لأنها يبات فيها (كما لو دخل صُفّة، وقيل: لا يحنث في الصُّفَّة أيضاً)، قيل: هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في معنى الصفة.

فقيل: الصفة ذات حوائط أربعة تبنى للبيتوتة فيها في الصيف، وهكذا صُفَّات أهل الكوفة، ولهذا حكم محمد في «الجامع الصغير»: أنه يحنث بدخول الصفة.

وقيل: الصفة هي التي ذات حوائط ثلاثة، ولا تبنى على هيئة البيت، ولا تكون للبيتوتة فيها.. فلا يحنث بدخولها.

والصحيح: أنه يحنث مطلقاً، سواء كانت ذات حوائط أربعة، أو ثلاثة على ما في «الهداية».

وعلله في «النهاية» و«العناية»: بأن البيت اسم لمبنى مسقَّف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة فيه، وهذا المعنى موجود في الصفة أيضاً، إلا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة، فكان اسم البيت متناولاً لها.. فيحنث بسكناها.

إلا إن نوى غيرها من البيوت.. فحينئذٍ يكون بينه وبين الله تعالى؛ لأنه خص العام بنية، كذا قالوا، وتعقبه في «فتح القدير»: أن السقف ليس شرطاً في مسمى البيت.. فيحنث، وإن لم يكن الدهليز مسقفاً.

(وفي حلفه لا يدخل داراً فدخل داراً خربة.. لا يحنث، ولو قال: هذه الدار فدخلها خربة صحراء، أو بعدما بنيت داراً أخرى.. حنث)؛ لأن الدار اسم للعرصة

وَكَذَا لَو وقفَ على سطحِها.

عند العرب والعجم، يقال: دار عامرة ودار غامرة وقد شهد بذلك كلام البلغاء، وإنما البناء وصف فيها، إلا أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر للتعرف، والمحلوف عليه لا بدَّ وأن يكون معلوماً؛ فإذا كان مشاراً إليه كما في الصورة الثانية.. كان معلوماً، فلا حاجة إلى وصف معرف، بخلاف المنكر كما في الأولى؛ فإنه لا معرف له سوى الوصف، فيكون معتبراً.

فإن قيل: لو كان الوصف معتبراً فيه.. لما وقع الدار المشتراة للموكل، فيما إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشترى داراً خربة؛ لفوات الوصف.

أجيب: بأن الدار في الوكالة تعرف بوجه آخر؛ لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة، وليست في اليمين كذلك.. فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا وصف، فيكون معتبراً فيها إن قيل؛ فلا يخلو إما أن يكون داخلاً في المسمى، أو لا.

فعلى الأول: يجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور [٥٧٠/ب] في الدخول كالعرصة.

وعلى الثاني: يجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول.

أجيب: بأنه غير داخل في المسمى، وقوله يجب أن لا يختلف الحال إن قلنا.. ممنوع؛ لأن النكرة تحتاج إلى التعريف، بخلاف المعرفة، وبهذا يختلف الحال في عرف الشرع.

حلف لا يدخل دار فلان فخرج الدار عن ملك فلان بالبيع ونحوه، ثم دخل الحالف تلك الدار، فهل يحنث أم لا؟ فسيأتي بيانه في آخر الباب الذي يلي هذا.

(وكذا لو وقف على سطحها)، أي: لو حلف لا يدخل هذه الدار فصعد من خارجها إلى سطحها.. حنث؛ لأن السطح من الدار؛ لأنها عبارة عما أحاط به الدائرة

وَقيل: لَا يَحْنَثُ فِي عرفِنَا.

وَلَو دخلَ طاقَ بَابِهَا أَو دِهلِيزَها إِن كَانَ لَو أُغلقَ يبْقى خَارِجاً.. لَا يَحْنَثُ، وإِلّا.. حنِثَ.

وَلَو جُعِلَت مَسْجِداً، أَو حَمَّاماً، أَو بستاناً، أَو بَيْتاً. بَعْدَمَا خَرِبَتْ فَدَخلَهَا.. لَا يَحْنَثُ.

علواً وسفلاً، ولهذا إن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد، ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه.

(**وقيل: لا يحنث به في عرفنا**)، قال في «النوازل»: إن كان الحالف من بلاد العجم.. لا يحنث ما لم يدخل الدار؛ لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار، وهو المختار على ما في «التبيين».

(**ولو دخل طاق بابها**)، أي: باب الدار، أي: العتبة، أو ما عطف من الأبنية على ما في «القاموس».

(**أو دهليزها؛ إن كان**) كل من الطاق والدهليز بحيث (**لو أغلق**) باب الدار (**يبقى**) كل منهما (**خارجاً**) عن الدار (.. **لا يحنث**)؛ لأن الباب لإحراز الدار وما فيها، فلم يكن الخارج من الدار.

والفرق بين دهليز البيت ودهليز الدار: أن كونه مسقفاً شرط في دهليز البيت، وليس في دهليز الدار؛ لأن اسم الدار يتناوله بدون البناء، بخلاف البيت، كذا في «التبيين».

(**وإلا**)، أي: وإن لم يبق خارجاً (.. **حنث**)؛ لأن ما كان داخلاً في الدار.. يكون من جملتها.

(**ولو جعلت**) الدار بعد حلفه لا يدخل هذه الدار (**مسجداً أو حماماً، أو بستاناً أو بيتاً بعدما خربت فدخلها.. لا يحنث**) لاعتراض اسم آخر عليه وهو هذه الأسماء.

وَكَذَا لَو دخلَ بعدَ انهدامِ الْحمَّامِ وأشباهِهِ.

وَفِي: «لَا يدْخلُ هَذَا الْبَيْتَ» فدخلَهُ بَعْدَمَا انْهَدمَ وَصَارَ صحراءَ، أَو بَعْدَمَا بُنِيَ بَيْتاً آخرَ.. لَا يَحْنَثُ، بِخِلَاف ما لَو سَقَطَ السّقفُ وَبَقِيَ الجُدرانُ.

وَفِي: «لَا يدْخلُ هَذِهِ الدَّارُ»

وَهُوَ فِيهَا.. لَا يَحْنَثُ، مَا لم يخرج ثمَّ يدْخلْ.

ومن ضرورة حدوث اسم آخر: زوال الاسم الأول، واليمين قد انعقدت لمسمى الاسم الأول وهو الدار، بخلاف ما لو جعلت تلك الدار داراً أخرى بعدما خربت ودخل بها.. حنث؛ لبقاء الاسم والمسمى معاً.

(**وكذا**)، أي: لا يحنث (**لو دخل بعد انهدام الحمام وأشباهه**) من الخان والمسجد، يعني: لو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت وبنيت مسجداً، أو حماماً، أو بستاناً فانهدم المسجد والحمام والبستان فدخل بها.. لا يحنث؛ لأن بالانهدام لم يعد اسم الدار؛ لبقاء اسم الحمام والمسجد بعده، وإنما يعاد الاسم ببنائه داراً، لكنه بصفة جديدة.. فكان غير المحلوف عليها على ما في «التبيين».

(**وفي: لا يدخل هذا البيت، فدخله بعدما انهدم وصار صحراء، أو بعدما بنى بيتاً آخر.. لا يحنث**)؛ لانعدام اسم البيت عنها، وإنما صار بيتاً بسبب حادث.. فلا يكون داخلاً في المحلوف عليه؛ لأن اختلاف السبب يوجب اختلاف العين.

(**بخلاف ما** [٢٧١/أ] **لو سقط السقف وبقي الجدران**).. فإنه يحنث بدخوله؛ لبقاء اسم البيت فيه؛ لقوله تعالى: ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً﴾ في بيوت منهدمة السقوف، ولأن العرف جار فيه أيضاً؛ لأنه قد يبات فيه.

(**وفي: لا يدخل هذه الدار وهو فيها.. لا يحنث**) بالمكث فيها أياماً (**ما لم يخرج، ثم يدخل**).

والقياس: أن يحنث؛ لأن الدوام له حكم الابتداء حتى صحت إرادته بالدخول؛

وَفِي: «لَا يلبسُ هَذَا الثَّوْبَ» وَهُوَ لابسُهُ، أَو «لَا يركبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ» وَهُوَ راكبها، أَو «لَا يسكنُ هَذِهِ الدَّارَ» وَهُوَ ساكنُها، إِن أَخذَ فِي النَّزعِ وَالنُّزُولِ والنُّقلةِ مِن غيرِ لُبثٍ.. لَا يَحْنَثُ، وإِلّا.. حَنِثَ.

كما لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والدوام.. صح، حتى لو دخل ابتداء.. لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى.

قلنا: سلمنا ذلك، لكنه فيما له دوام، والدخول ليس له دوام؛ لأنه عبارة عن انتقال الجسم من خارج إلى داخل، وليس له دوام، وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازاً.. لا يقتضي الحنث به؛ لأن اليمين لا ينعقد على المعنى المجازي للفظ، بل الحقيقي.

فإن قيل: إن الانتقال من أين إلى أين قد يمتد من مبدأ إلى منتهى.. فله دوام.

قلنا: ذلك الامتداد أمر خيالي لا وجود له في الخارج.

وإنما المراد في الشرع: هو الموجود في الخارج، والموجود في الخارج هو الانتقال بمعنى الحركة التوسطية، وهي: كيفية يكون الجسم بها متوسطاً بين المبدأ والمنتهى، وهو أمر وجداني لا دوام له.

(**وفي: لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها، إن أخذ**)، أي: شرع (**في النزع والنزول والنقلة من غير لبث.. لا يحنث**).

وقال زفر: يحنث لوجود الشرط وإن قل.

ولنا: أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقق البر.

(**وإلا**)، وإن لم يأخذ في النزع والنقلة، بل لبس على حاله ساعة (**.. حنث**)؛ لأن هذه الأفاعيل لها دوام بتجدد أمثالها، ولهذا تضرب لها مدة.

يقال: ركبت يوماً، ولبثت يوماً، وسكنت يوماً، بخلاف الدخول؛ لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة والتأقيت، بل بمعنى الحين، وكذا الخروج والتزوج والتطهر

ونحوها؛ إذ لا يقال: خرجت يوماً، تزوجت يوماً، تطهرت يوماً بمعنى المدة والتأقيت، بل بمعنى الحين، فلو حلف لا يخرج وهو خارج، لا يتزوج وهو متزوج، لا يتطهر وهو متطهر، فاستدام على الخروج والنكاح والطهارة.. لا يحنث ما لم يدخل، ثم يخرج ويتزوج ويتطهر أخرى؛ فإذا كانت الأفاعيل المذكورة لها دوام.. فالاستدامة على أمر ممتد بمنزلة الإنشاء.

ولهذا قالوا: إذا قال لها: كلما ركبت فأنت طالق فمكث ساعة يمكنها النزول فيها.. طلقت، وإن مكث مثلها.. طلقت أخرى؛ لأن الدوام حكم الابتداء، وكلمة «كلما» تعم الأفعال، فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط، ولو نوى في هذه الأفاعيل الابتداء الخالص.. يصدق؛ لأنه محتمل كلامه [٥٧١/ب] فيما إذا كان لابساً، أو راكباً، أو ساكناً.. فلا يحنث باستمراره عليها.

وقال في «فتح القدير»: إنما يحنث في الأفاعيل المذكورة بلبثه ساعة إذا أمكنه النقل فيها من ساعته.

وأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص، أو منع ذي سلطان، أو عدم موضع ينتقل إليه حينئذ، أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه، أو كان شريفاً، أو ضعيفاً لا يقدر على حمل المتاع بنفسه، ولم يجد من ينقلها.. لا يحنث، ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر. انتهى.

وقس عليه حال النزع، والنزول.

جَعَلَ كون إغلاق الباب مانعاً اتفاقياً، وفيه خلاف:

فإنه قال في «الخلاصة»: لو حلف لا يسكن هذه الدار فوجد باب الدار مغلقاً، بحيث لا يمكنه الفتح، ولم يمكنه الخروج.. يحنث.

في رواية «النوازل»: وقد قيل بخلافه.

ولو قُيِّدَ الحالف، فلم يمكنه الخروج.. لا يحنث قولاً واحداً.

فإن قيل: لو قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقُيد أو مُنع من الخروج.. حنث على الأصح على ما في «الفتاوى».

وكذا إذا قال لامرأته وهي في منزل أبيها: إن لم تحضري الليلة منزلي.. فطالق، فمنعها أبوها.. حنث ولم يعتبر هذا عذراً.

أجيب: بالفرق بين كون المحلوف عليه عدماً: فيحنث بتحققه كيفما كان؛ لأن العدم لا يتوقف على الاختيار، وبين كونه فعلاً: فيتوقف عليه؛ كالسكنى؛ لأن المعقود عليه الاختياري ينعدم بانعدام الاختيار، فيصير مسكناً بتسكين الغير لا ساكناً باختياره، فلم يتحقق شرط الحنث.

والحاصل: أن الشرع قد يجعل الموجود معدوماً بعذر بما ذكرناه، ولا يجعل المعدوم موجوداً، وإن وجد العذر، ثم الشيء الواحد قد يجعل عذراً في حق شخص، ولا يجعل عذراً في حق شخص آخر، لما في «الخلاصة»: لو قال لامرأته: إن سكنت هذه الدار فأنت طالق، وكان ليلاً.. فهي معذورة حتى تصبح، ولو قال ذلك لرجل.. لم يكن معذوراً على الصحيح إلا لخوف لص وغيره. انتهى.

ثم اعلم: أنه إذا خرج من ساعة قوله في طلب المنزل، وبقي أياماً في طلب منزل يسكن فيه، وترك الأمتعة والأهل في هذه الأيام.. لا يحنث في الصحيح؛ لأن طلب المنزل من عمل النقل، فصارت مدة الطلب مستثناة إذا لم يفرط في الطلب، ثم إذا وجد المنزل، وأخذ في النقلة شيئاً فشيئاً؛ فإن كانت النقلات لا تضر.. لا يحنث، ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم.. فليس عليه ذلك، ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه، بل بقدر ما يسمى ناقلاً في العرف.

واعلم: أن اليمين في المساكنة إما مطلق أو مقيد بالوقت.

فلنذكر ما يتعلق بها من الفروع: لو قال: إن ساكنته في رمضان، أو سنة في هذه الدار.. [٥٧٢/آ] فعبدي حر، فساكنه ساعة: يحنث.

ولو قال: عنيت به كل المدة.. صدق ديانةً لا قضاءً، ويكون ذكر الوقت والسنة؛ لبيان تأقيت اليمين، فلا تبقى اليمين بعد مضي السنة، كذا في «الجامع».

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية» نقلاً عن «الفتاوى»: أنه شرط للحنث فيها.. استيعاب المدة، حتى لا يحنث ما لم يساكنه جميع الشهر، أو السنة.

ولو حلف لا يسكن بغداد، ولا يساكن فلاناً.. لا يحنث ما لم يسكن خمسة عشر يوماً.

قيل: ما ذكر في «الجامع» جواب الرواية، وما ذكراه عن «الفتاوى» جواب المشايخ.

قال: لا يبيت على سطح هذا البيت، ولهذا البيت غرفة، فأرض الغرفة: سطح هذا البيت، فبات فيها.. لا يحنث؛ لأنه يقال بات في الغرفة.

قال: لا يقيم بالكوفة شهراً.. لا يحنث حتى يقيم شهراً تاماً، بخلاف ما لو قال: لا ينزل بالكوفة شهراً، أو لا يسكن بها شهراً فسكن يوماً.. يحنث، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

قلت: والذي يقتضيه ما ذكراه عن «الفتاوى»: في المسألة الأولى التي نقلناها آنفاً أن يشترط الاستيعاب للحنث، لو قال: درين ذه بناشم، فذهب بنية أن لا يعود، ثم عاد.. يحنث إذا عاد للسكنى؛ أما إذا عاد زائراً أو لنقل المتاع، ثم إذا عاد للسكنى.. يحنث سكنى ساعة بلا شرط الدوام.

لو قال: لا أسكن هذه الدار إلا ثلاثين يوماً، أو قال: لا أسكن هذه الدار ثلاثين يوماً له أن يفرق.

لو قال: لا يسكن بيتاً، ولا نية له فسكن بيتاً من شعر، أو فسطاطاً، أو خيمة.. لا يحنث إن كان الحالف من أهل المصر، وإن كان من أهل البادية.. يحنث.

ولو قال: لا يصوم رمضان بالكوفة، فهو محمول على صوم جميع رمضان بالكوفة، ولو قال: إن أفطرت بالكوفة: فكذا: فهذا على المقام هناك يوم الفطر لا على الأكل والشرب.

ولو حلف لا يرى هلال الشهر الداخل بالكوفة فأهل الهلال وهو فيها.. حنث، والمراد: كونه فيها وقت الإهلال، ولو قال: عنيت به الرؤية.. صدق.

ولو قال: إن ضحّيت العام بالكوفة.. فكذا: فهذا على حقيقة التضحية، ولو قال: عنيت الكون يوم الأضحى.. صدق.

ولو حلف لا يقتل فلاناً بالكوفة فضربه ببغداد ومات بالكوفة.. يحنث.

لو قال: لا يسكن هذه الدار فاشترى صاحبها في جنبها بيتاً من دار أخرى، وفتح باب البيت إلى جنب هذه الدار وجعل طريقه فيها، وسد باب البيت الذي كان في الدار الأخرى فسكن الحالف هذا البيت، وجعل يدخل من غير أن يدخل الدار.. يحنث.

حلف لا يشتري من هذه الدار شيئاً فاشترى هذا البيت.. لم يحنث، والشراء مخالف للسكنى.

ولو حلف لا يساكن فلاناً، ولا نية له، فساكنه في دار كل واحد منهما في مقصورة [٥٧٢/ب] على حدة.. لم يحنث.

قال الإمام السرخسي في «الأصل»: هذا إذا كانت الدار كبيرة؛ أما إذا كانت صغيرة.. يحنث وإن كانت مشتملة على البيوت والمقاصير، هكذا روي عن أبي يوسف.

ولو كان في الدار مقصورة فسكن أحدهما في الدار، والآخر في المقصورة.. يحنث.

ثُمَّ فِي: «لَا يسكنُ هَذَا الْبَيْتَ، أَو هَذِهِ الدَّارَ» لَا بُدَّ مِن خُرُوجِهِ بِجَمِيعِ أَهلِهِ ومتاعِهِ، حَتَّى لَو بَقِيَ وَتدٌ.. يَحْنَثُ، ....

ولو نوى أن لا يساكنه في بيت واحد أو حجرة منزل واحد يكونان فيه جميعاً.. لم يحنث حتى يساكنه فيما نوى، أو نوى بيتاً بعينه.. لا تعمل نيته.

ولو نوى أن لا يساكنه في مدينة أو قرية وسمى ذلك؛ فإن ساكنه في شيء من ذلك.. يحنث، ولا تكون المساكنة في ذلك، إلا أن يسكنا بيتاً واحداً، أو داراً واحدة في تلك البلدة.

وفائدة تخصيص البلدة: إخراج سائر المواضع من يمينه، ولو ساكنه في حانوت يعملان فيه.. لم يحنث، واليمين على المنازل التي فيها المولى وفيها الأهل والعيال، إلا أن تكون هناك دلالة على ترك المساكنة في السوق، أو يقول: عنيت المساكنة في السوق.. يحنث أيضاً؛ لأنه شدد على نفسه.

ولو حلف لا يساكن فلاناً فدخل فلان داره غصباً إن لم يأخذ هو في النقلة.. حنث.

ولو دخل عليه زائراً، أو ضيفاً فأقام فيه يوماً، أو يومين.. لا يحنث.

والمساكنة بالاستقرار والدوام، وذلك بأهله ومتاعه.

ولو سافر الحالف وسكن المحلوف عليه مع أهل الحالف.. يحنث عند أبي حنيفة بناءً على أن السكنى لا تنعدم بالأهل والمتاع، وعند أبي يوسف.. لا يحنث، وعليه الفتوى الكل في «الخلاصة» و«البزازية» و«الفتاوى».

(ثم في: لا يسكن هذا البيت، أو هذه الدار.. لا بد من خروجه بجميع أهله ومتاعه)، أي: إن كان متأهلاً، حتى لو لم يكن متأهلاً، بل هو ممن يقوله غيره فخرج بنفسه.. لم يحنث على ما صرح به في «العناية».

(حتى لو بقي وتد.. يحنث) عند أبي حنيفة؛ لأن السكنى وهو الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبنياً بأهله، قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء من ذلك الكل.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُعْتَبَر نقلُ الْأَكْثَرِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: نقلُ مَا تقومُ بِهِ كَدُخدائيه، وَهُوَ الْأَحْسَنُ والأرفقُ.

فإن قيل: الكل ينتفي بانتفاء جزئه، فكيف يصح القول ببقاء السكنى بعد إخراج البعض؛ لأنه عبارة عن الكل؟

أجيب: بأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه الحقيقي، وما ذكر ثَمَّ ليس كذلك، بل جزء اعتباري.

وذكر في «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: أن هذا أصل لأبي حنيفة، حتى جعل بقاء مسلم واحد آمناً في بلدة ارتد أهلها مانعاً من أن تصير دار حرب.

إلا أن مشايخنا قالوا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى.

وأما بقاء مكنسة، أو وتد، أو قطعة حصير.. فلا يبقى بها ساكناً، فلا يحنث.

وحقيقة وجه دفعه: أن قوله: السكنى قد ثبتت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار في المكان.. منعناه، وإلا.. لزم أنه لو سرق [٥٧٣/أ] بعض تلك الأمتعة.. انتقلت السكنى، فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال؛ فإنما هي منوطة في العرف بقراره على وجه الانقطاع إليه، مع ما يتأتى به دفع حاجاته الكائنة في السكنى، فكانت السكنى ثابتة مع الكل، بدون الكل، على أن الكلام هنا باعتبار العرف.

والعرف يعد من خرج لا يريد العود - ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك، أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات إليه - تاركاً لسكنى ذلك المكان. انتهى.

(**وعند أبي يوسف يعتبر نقل الأكثر**)؛ لأن نقل الكل قد يتعذر، وللأكثر حكم الكل.

(**وعند محمد: نقل ما تقوم به كدخدائيه**)، أي: حكومته عليه؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى؛ إذ ليس من حاجاتها. (**وهو الأحسن والأرفق**)، أي: للناس؛ لعدم الحرج فيه، كذا في «الهداية».

ثُمَّ لَا بُدَّ من نُقلَتِهِ إِلَى منزِلٍ آخرَ ....

ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه.

وفي «فتح القدير»: إن كثيراً من المشايخ كصاحب «المحيط» و«الفوائد الظهيرية» و«الكافي» قالوا: إن الفتوى على قول أبي يوسف، ثم تعقبه نصرة لقول محمد، وقال: لا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه، بل على العرف في أنه ساكن أو لا.

والحق: أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه، ونقل من أمتعته منه ما يقوم به أمر سكناه، ويظهر عليه سلطانه وهو على نية نقل الباقي.. يقال: ليس ساكناً في هذا المكان، بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني، ثم هذا الخلاف بينهم في نقل الأمتعة.

وأما الأهل: فلا بد في كونه باراً في يمينه من نقلهم كلهم آنفاً قائم.

(**ثم لا بد من نقلته إلى منزل آخر**)، أي: من ساعته.

قالوا: هذا إذا أمكنه النقلة من ساعته، وإن لم يمكنه ذلك بعذر من الأعذار التي ذكرناها آنفاً من عذر الليل، أو منع ذي السلطان، أو عدم وجدان منزل آخر، أو غلق الباب عليه، أو كونه شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها. لم يحنث بعدم نقلته، حتى يرتفع المانع ويجد المنزل.

وأورد عليه بما ذكره محمد بن الفضل: أن من قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم.. فامرأته طالق، فقُيِّد ومُنع من الخروج: يحنث.

وإن من قال لامرأته وهي في منزل أبيها: إن لم تحضري الليلة منزلي.. فأنت طالق، فمنعها الوالد عن الحضور: يحنث.

وأجيب: بما ذكرناه آنفاً من الفرق بين كون المحلوف عليه عدماً؛ كما في هاتين المسألتين، وبين كونه فعلاً اختيارياً؛ كما فيما نحن فيه.

حَتَّى لَا يَبَرُّ بنُقلَتِهِ إِلَى السِّكَّةِ أَو الْمَسْجِدِ.

وَكَذَا: «لَا يسكنُ هَذِهِ الْمحلَّةَ».

وَفِي: «لَا يسكنُ هَذِهِ الْبَلدةَ أَو الْقرْيَة».. يَبَرُّ بِخُرُوجِهِ وَتَرِكِ أَهلِهِ ومتاعِهِ فِيهَا.

(حتى لا يبر بنقلته إلى السكة والمسجد)، قيل: يبر؛ لأنه لم يبق ساكناً، كذا في «العناية».

ووجه ما ذكره المصنف ما ذكر في «الزيادات»: أن من خرج بعياله من مصره؛ فما لم يتخذ وطناً آخر.. يبقى وطنه الأول في حق الصلاة، كذا هذا. فصورته: كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن [٥٧٣/ب] بها، فلما دخلها وتوطّن بها بدا له أن يخرج إلى خراسان، فمرّ بالكوفة.. فإنه يصلّي بها ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطّريق قبل أن يدخل إلى مكة أن لا يتوطن مكة ويرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة؛ فإنه يصلي بالكوفة أربعاً؛ لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر؛ فكذا هنا يبقى وطنه الأوّل ما لم يتخذ وطناً آخر، والسكة والمسجد لا يصلح أن يتخذ وطناً.

(وكذا) في (لا يسكن هذه المحلّة)، يعني: لا بدّ من نقله مع أهله ومتاعه، كما في الدار والبيت.

(وفي: لا يسكن هذه البلدة أو القرية يبر بخروجه) بنفسه (وترك أهله ومتاعه فيها)، وفي «الخلاصة»: وههنا ثلاث مسائل: المصر والقرية والدار:

ففي الدّار: يشترط نقل الأمتعة.

وفي المصر: لا يشترط.

وفي القرية: اختلف المشايخ: قال بعضهم: القرية بمنزلة الدار، وقال بعضهم: بمنزله المصر، وهو الصحيح.

ذكر الكرخي في «مختصره»: والسكة والمحلّة بمنزلة الدّار. انتهى.

وَفِي: «لَا يخرجُ» فَأمرَ مَن حَمَلَهُ وَأخرجَهُ.. حَنِثَ.

ففي الكتاب جعلها بمنزلة المصر اختياراً للقول «هي الصّحيح»، والحاكم ههنا: هو العرف.

وقال في «الخلاصة» أيضاً: حلف لا يسكن هذه القرية، فذهب على ما هو الشرط، ثم عاد وسكن.. يحنث، على ما في «الفتاوى الصّغرى».

وأفتى القاضي الإمام: أنّه إن نوى الفور.. لا يحنث إذا عاد وسكن؛ وكذا إن كان هناك مقدّمة الفور.

قلت: وجه ما في «الفتاوى الصّغرى»: أن كل ما له امتداد إذا لم يوقّت.. يحمل على العمر على ما في «البزازية» وغيرها، فيحمل اليمين على العمر، فيحنث بالمساكنة في العمر و؛ أما إذا وقّته.. فهل يشترط استيعاب ذلك الوقت أو لا؟ ففيه اختلاف.

ففي «البزازية»: لو قال: إن ساكنته في رمضان أو سنة فكذا.. يحنث بمساكنة ساعة، وإن نوى كل المدة.. ديّن لا قضاء.

وفي «الفتاوى»: يشترط للحنث استيعاب تلك المدّة. كذا في «الخلاصة».

(وفي: لا يخرج فأمر من حمله وأخرجه.. حنث) كما لو ركب دابة فخرج معها؛ لأن فعل الدابة مضاف إليه، فكذا فعل المأمور مضاف إلى الآمر، لكنه ليس على إطلاقه، بل فيما الآمر أن يأمر به، وإلّا.. لا يصحّ أمره؛ فلا يحنث؛ لما في «المحيط» وغيره: حلف: لا يضرب عبده، فأمر غيره بضربه فضربه.. حنث الحالف، بخلاف ما لو حلف على حرّ لا يضربه.. لا يحنث بالأمر؛ لأنه يملك ضرب عبده، فصح أمره لغيره، بخلاف الحرّ؛ فإنه لا يملك ضربه، فلا يصح أمره بضربه، حتى لو ملك ضربه بأن كان سلطاناً أو قاضياً.. يحنث بالأمر.

ولو حلف: لا يضرب ولده الكبير فأمر غيره فضربه.. لا يحنث، والزوجة نظير العبد، وقيل: نظير الولد.

وعن القاضي البديع: أنها إن جنَت.. فنظير العبد، وإن لم تجن.. فنظير الحر.

وقيل: [٥٧٤/أ]: لو فصل في الولد تفصيل الزوجة.. فحسن.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»:

في ثلاث وعشرين موضعاً يحنث بالأمر: النكاح، والطلاق، والخلع، والعتق بمال وبغير مال، والكتابة، والهبة، والصدقة، وضرب العبد، وضرب الحرّ إن كان سلطاناً أو قاضياً، والكسوة في الخلع على أن لا يكسوه، أو لا يحمله على دابته، والخياطة، وذبح الشاة، وبناء الدار، وقضاء الدين، وقبض الدين، والصلح عن دم العمد، والقرض، والاستقراض، والإيداع، والاستيداع، والإعارة، والاستعارة.

وفي ستة مواضع لا يحنث إلا بالمباشرة فقط: البيع، والشراء، والإجارة، والاستئجار، والقسمة، والصّلح على مال.

ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذه الستة، وبه يفتى.

ولا بد أن يلحق التزوج بهذه الستة أيضاً؛ فرقاً بينه وبين التزوج؛ لما في «الخلاصة» و«البزازية» نقلاً عن «النوازل»: لو قال: والله لا أزوّج فلانة، فأمر رجلاً فزوجها.. لا يحنث، بخلاف التزوج؛ فإنه يحنث بالأمر به، والفرق بينهما: أن التزويج بأمره لا يلحقه حكم، والتزوج بأمره يثبت وهو الحلّ، وسيأتي تفصيله في أولّ باب اليمين في البيع والشراء.

ثم اعلم: أنّ الحالف إنما لا يحنث بالأمر في هذه الستة إذا كان الحالف ممن يباشر هذه العقود بنفسه، وأما إذا كان شريفاً لا يباشرها بنفسه.. فيحنث بالأمر على ما صرّح به في «المحيط».

ولهذا قال في «الخلاصة»: وفي البيع لا يحنث بالأمر إذا كان ممن يتولى بنفسه؛ أما إذا كان يفوض إلى غيره كالسلطان.. يحنث، ولو كان بحال يتولى بنفسه مرة ويفوض إلى غيره مرة.. تعتبر الغلبة.

وَلَو حُمِلَ وَأُخرِجَ بِلَا أمرهِ مُكْرهاً أَو رَاضِياً.. لَا يَحْنَثُ.

وَمثلَهُ: «لَا يدْخلُ».

وَفِي: «لَا يخرجُ إلَّا إِلَى جَنَازَةٍ» فَخرجَ إِلَيْهَا ثمَّ إِلَى حَاجَةٍ أُخْرَى.. لَا يَحْنَثُ.

وَفِي: «لَا يخرجُ إِلَى مَكَّةَ» فَخرجَ يُريدها ثمَّ رَجَعَ.. حَنِثَ.

وقالوا: لو حلف: لا يتزوج امرأة، فزوجه فضولي وأجازه بالقول.. يحنث؛ لأن الإجازة بمعنى الأمر.

(**ولو حُمل وأُخرج بلا أمره مكرهاً أو راضياً.. لا يحنث**)؛ لأن الفعل لم ينتقل إليه؛ لعدم الأمر منه، وبمجرد الرّضاء لا ينتقل بدون الأمر على الصّحيح، وقيل: يحنث في الرضاء؛ لأنه لما رضي.. فصار كالأمر بالإخراج.

قلنا: الأحكام مبنية على الظواهر دون البواطن والضمنيات، وأما إذا هدده غيره فخرج هو بنفسه خوفاً من المكره.. فيحنث لوجود الفعل منه بالاختيار؛ لأن الإكراه لا يبطل الاختيار، بل يفسده على ما في «الأصول».

ثم هل تنحل اليمين إذا حمل مكرها؟

قيل: تنحل؛ كما لو حلف لا يدخل دار فلان وهبّت به الريح وألقته فيها.. لم يحنث وانحل اليمين.

وقيل: لا تنحل وهو الصحيح على ما في «العناية».

(**ومثله لا يدخل**)؛ لعدم الفارق بينها.

(**وفي: لا يخرج إلّا إلى جنازة فخرج إليها، ثم إلى حاجة أخرى.. لا يحنث**)؛ لأن الموجود خروج مستثنى، والمضي بعد ذلك ليس بخروج؛ لأن الخروج [٥٧٤/ب] عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج، وهو آني لا زماني، والذهاب ليس كذلك، بل هو زماني.

(**وفي: لا يخرج إلى مكّة فخرج يريدها، ثم رجع.. حنث**)، وكذا لا يخرج إلى دار فلان فخرج يريدها، ثم رجع قبل أن يصل إليها.. حنث؛ وهذا لأن الخروج هو

الانفصال من الداخل إلى الخارج، وقد وجد ذلك بقصد مكة ودار فلان، وهو المحلوف على عدمه فيحنث؛ رجع أو لم يرجع.

وفي «فتح القدير»: ومقتضى هذا الوجه: أن يحنث بالخروج إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره، وقد قالوا: إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها؛ كأنه ضمّن لفظه «أخرج» معنى أسافر، للعلم بأن المضي إليها سفر، لكن على هذا: لو لم يكن بينه وبين مكّة مدّة سفر.. ينبغي أن يحنث بمجرّد انفصاله من الداخل. انتهى.

وعلى ما يقتضيه الوجه المذكور: المراد من الخروج والانفصال من الداخل ههنا: هو الخروج والانفصال من باب داره، حتى لو كان في منزل من داره فخرج، ثم رجع قبل أن يخرج لا يحنث ما لم يخرج.. من باب داره. كذا في «الخلاصة».

وقال في «البحر»: ثم الخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت.. يكون أيضاً من الأخبية والفساطيط والخيم والسفن؛ لوجود حده وهو الانفصال من الداخل إلى الخارج.

والخروج من الدّور المسكونة: أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله؛ كما إذا حلف: لا يسكن.

والخروج من البلدان والقرى: أن يخرج الحالف ببدنه خاصة. انتهى.

وفي «قاضي خان»: لو حلف: أن لا يدخل قرية كذا، فدخل بأراضي القرية.. لا يحنث ويكون اليمين على عمرانها.

وكذا لو حلف: أن لا يشرب الخمر في قرية كذا، وشرب في كرومها وضياعها.. لا يحنث، إلا أن يكون الكرم والضياع في العمران.

وكذا لو حلف: أن لا يدخل على بلدة كذا.. يكون اليمين على العمران؛ لأن البلدة اسم لما هو داخل الربض.

وَفِي: «لَا يَأْتِيهَا».. لَا يَحْنَثُ مَا لم يدخُلْهَا.

والذَّهابُ كالخروجِ فِي الْأَصَحِّ.

وَفِي: «ليَأْتِيَنَّ فلَاناً» فَلم يَأْتِهِ حَتَّى مَاتَ.. حَنِثَ فِي آخر أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ.

ولو قال: والله لا أدخل كورة كذا أو رستاقاً كذا، فدخل الأراضي.. حنث. انتهى.

(وفي: لا يأتيها.. لا يحنث ما لم يدخلها)؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول إلى المقاصد، قال الله تعالى: ﴿ فَأْتِيَاهُ فَقُولَآ إِنَّا رَسُولَا رَبِّكَ ﴾.

(والذهاب كالخروج في الأصحّ) أي: لو حلف: لا يذهب إلى بغداد، إن اختلف وفيه المشايخ:

قيل: هو كالإتيان، فلا يحنث حتى يدخلها كما في الإتيان وهو قول نصير، وفي «الخلاصة»: وهو الصحيح.

وقيل: هو كالخروج، وهو قول محمّد بن سلمة واختاره فخر الإسلام، وفي «الهداية»: وهو الأصحّ، واختاره المصنف.

ولا يخفى عليك: أن هذا الاختلاف فيما إذا لم ينو به شيئاً من الإتيان والخروج، وأما إذا نوى به الإتيان أو الخروج.. فهو محمول على ما نوى بلا خلاف. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(وفي: ليأتين فلاناً، فلم يأته حتّى مات) الحالف والمحلوف عليه، وليس فاعل الضمير راجعاً [٥٧٥/آ] إلى الحالف فقط على ما هو الظاهر من سوق كلامه، بل إلى أحدهما؛ ولذا قال في «فتح القدير»: لا فرق في ذلك بين موت الحالف وموت المحلوف عليه.

وقال في «غاية البيان»: وأصل هذا: أن الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البرّ؛ فإذا مات أحدهما.. فإنه يحنث. انتهى.

(.. حنث في آخر أجزاء حياته) أي: حياة من مات من الحالف أو المحلوف

عليه؛ وهذا لأن البر قبل ذلك الجزء مرجو الحصول.

وكذا الحال في الحلف على سائر الأفعال المستقبلة مثل ليضربنّ زيداً، أو ليعطينّ فلاناً، أو ليطلّقن زوجته؛ فإنه لم يحنث حتّى يقع اليأس عن البر؛ لأن اليمين يبقى ما أمكن البرّ، هذا فيما إذا لم يوقّت بوقت، وأما إذا وقته، وقال: لأفعلنّ غداً أو فيما بيني وبين يوم الجمعة.. فالحنث يتعلّق بآخر ذلك الوقت، حتى لو مات قبل مضي ذلك الوقت ولم يفعل.. لم يحنث؛ لعدم اليأس عن البر؛ فلو قال: إن لم أفعل غداً كذا فعبدي حّر، فمات قبل الغروب ولم يفعل.. لا يعتق عبده.

والحاصل: أن اليمين على الفعل المستقبل لا ينعقد على الفور إلّا بالقرينة، حتى لو حلف: إن رأى فلاناً ليضربنه.. فالرؤية تحمل على القريب والبعيد، والضرب يحمل على الضرب متى شاء، إلا أن يعني الفور على ما في «البحر» عن «الظّهيرية».

وفيه أيضاً: عن «فتاوى أبي الليث»: رجل أراد أن يواقع امرأته، وكانت امرأته على باب الدار، فقال لها: إن لم تدخلي معي في الدار فأنت كذا، فدخلت بعدما سكنت شهوته.. وقع الطلاق عليها، وإن دخلت قبل ذلك.. لم تطلق.

ولو قال: إن لم أذهب غداً عن هذه القرية فامرأتي طالق، فذهب في الغد، ثم جاء إلى تلك القرية بعد أيام.. فهل تطلق امرأته؟

أفتى مشايخ الإسلام: أنه إن نوى مجرد الذهاب عن تلك القرية.. لا يحنث بالعود إليها بعد الذهاب عنها، وإن نوى الأبد.. يحنث.

وكذا لو قال: إن لم أخرج من هذه القرية فكذا، فخرج منها إلى درب القرية، ثم رجع إلى القرية.. برّ؛ لأن خروجه هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد ذلك.

ولهذا قال في «القنية» من باب اليمين على الدخول والخروج: قال لزوجته:

وَإِن قَيَّدَ الْإِتْيَانَ غَداً بالاستطاعةِ.. فَهُوَ على سَلامَةِ الْآلَاتِ وَعدمِ الْمَوَانِعِ؛ فَلَو لم يَأْتِ وَلَا مَانعَ مِن مرضٍ أَو سُلْطَانٍ.. حَنِثَ.

اخرجي معي إلى حيث كنّا فيه، فأبت إلى الجمعة، فقال: إن لم تخرجي معي فكذا؛ فإنِ الزوجُ قد تأهب للخروج.. فهو على الفور، وإلا.. فلا، وإن خرجت الزوجة معه في الحال إلى درب القرية، ثم رجعها.. برّ في يمينه وإن أراد خروجها أصلاً إلى حيث كانا فيه. انتهى.

وفي «قاضي خان»: رجل قال: لأخرجنّ مع فلان العالم إلى مكّة؛ إذا خرج معه فجاوز البيوت ووجب عليه قصر الصّلاة.. فقد بّر، وإن بدا له أن يرجع.. رجع. انتهى.

(**وإن قيّد الإتيان غداً**) قيد الإتيان (**بالاستطاعة**) [٥٧٥/ب] متعلق بقيد، وذلك بأن يقول: ليأتينّه غداً إن استطاع (.. **فهو على سلامة الآلات وعدم الموانع**).

واعلم: أن الاستطاعة تطلق على معنيين:

أحدهما: سلامة الآلات والأسباب وعدم الموانع، ويسمى بالقدرة الممكنة، يتمكن بها المأمور على أداء المأمور به بلا حرج غالباً، وهي شرط لأداء كلّ واجب؛ كالزّاد والراحلة للحج، والنصاب للزكاة، وهي توجد قبل الفعل ومعه وبعده.

وثانيهما: القدرة الحقيقية المشجعة لجميع الشرائط وتسمى القدرة الميسرة يتيسّر بها للمأمور أداء المأمور به، وهي مع الفعل عند أهل السنة والجماعة زماناً لا قبله، وإلّا.. لزم تخلّف المعلول عن علته التّامة، وذلك باطل، وليس لها تأثير أصلاً عند الأشاعرة سوى أنها تقارن مع الفعل وهو المسمّى بالكسب عندهم، ولها تأثير ما عند مشايخنا الماتريدية على ما بيناه في شرحنا على ما رتبناه في الكلام، إذا عرفت هذا.. ففيما نحن فيه: يحمل على المعنى الأول؛ لكونه متعارفاً إن لم يكن له نية، وإلّا.. فعلى ما نوى.

(**فلو لم يأت ولا مانع من مرض أو سلطان.. حنث**)؛ لوجود الشرط وهو سلامة الآلات وعدم الموانع في الغد.

وَلَو نوى الْحَقِيقَةَ.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً فِي الْمُخْتَارِ.

وَفي: «لَا تخرجُ إِلّا بِإِذْنِهِ».. شُرِطَ الْإِذْنُ لكلِّ خُرُوجٍ.

(ولو نوى الحقيقة) - أي: القدرة الحقيقية، وهو المعنى الثاني على ما ذكرناه - (صدّق ديانةً)؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

فإن قيل: الحقيقة لا تحتاج إلى النية.

قلنا: نعم، إلا أن النية ههنا لدفع التزاحم وتعيين المحتمل، لا لفهم الحقيقة من اللفظ.

(لا قضاءً)؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر هو المعنى الأوّل للتعارف (في المختار)، احترز به عمّا اختاره بعض المشايخ: أنه يصدّق قضاء أيضاً؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

(وفي) قوله لعبده أو لامرأته: (لا تخرج إلّا بإذنه.. شرط الإذن لكلّ خروج)، حتى لو أذن مرة فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه.. حنث، ولا بد من الإذن في كل خروج؛ لأن المستثنى في قوله: «إلّا بإذنه» خروج مقرون بالإذن، فما وراء الخروج الملصق بالإذن داخل في الحظر العام، وهو النكرة المؤولة من الفعل في سياق النفي؛ فإن المعنى: لا تخرجن إلا خروجاً ملصقاً بإذني، وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول: كلما أردت الخروج فقد أذنت لك؛ فإن قال ذلك ثم نهاها.. لم يعمل نهيه عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، وسيأتي وجه قولهما.

ولو أذن لها إذناً غير مسموع بأن كانت نائمة مثلاً.. لم يكن إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: هو إذن؛ لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره.

ولهما: أن الإذن إنما سمّي إذناً؛ لكونه معلماً، أو لوقوعه في الإذن ولم يوجد، ثم انعقاد اليمين على الإذن في قوله: «إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق» أو «والله لا تخرجين إلّا بإذني» مقيد ببقاء النكاح؛ لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع، وهو مثل

وَفِي: «إِلّا أن آذنَ لكِ».. يَكْفِي الْإِذْنُ مرّةً. ....

السّلطان إذا حلّف إنساناً ليرفعنّ [٥٧٦/أ] إليه خبر كلّ داعر في المدينة.. كان على مدّة ولايته.

فلو أبانها ثم تزوجها، فخرجت بلا إذن.. لا تطلق، وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا؛ لأنها لم تنعقد إلّا على مدّة بقاء النكاح.

ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور.. يصدّق ديانة لا قضاء؛ لأنه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر.. فلا يصدقه القاضي:

أما إنه خلاف الظاهر: فلما مر من أنه لا بدّ من الإذن في كلّ مرة.

وأما إنه محتمل كلامه: فلأن الإذن مرّة موجب الغاية في قوله: «لا تخرجن حتى آذن لك».

وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث إن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما، فيستعار «إلا بإذني» لمعنى «حتى آذن»، وفي «حتى آذن» تنحل بمرة واحدة.

(وفي: إلا أن آذن لك.. يكفي الإذن مرة).

وعن أحمد: لزوم تكرار الإذن فيه أيضاً مثل «إلّا بإذني»؛ لأن المعنى «إلا خروجاً بإذني»؛ لأن «أن» مع الفعل في تأويل المصدر، ولا يصحّ «إلا خروجاً إذني» فلزم إرادة الباء.. فصار «بإذني».

والجواب: أنه لا بد من أحد الأمرين: إما ما ذكر من إرادة الباء محذوفة، أو جعلها بمعنى «حتى» مجازاً، أي: حتى آذن لك، وعلى الأول: يكون كالمسألة الأولى، وعلى الثاني: ينعقد على إذن واحد.

وإذا لزم في «إلا أن آذن لك» أحد المجازين.. وجب الراجح منهما، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم؛ لأنه تصرّف في وصف اللفظ، ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالإعدام مع الإرادة.

وَفِي: «لَا تخرجُ إِلّا بِإِذْنِهِ» لَو أَذِنَ لَهَا فِيهِ مَتى شَاءَت، ثُمَّ نهاها فَخرَجَت.. لَا يَحْنَثُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَو أَرَادَتِ الْخُرُوجَ فَقَالَ: «إِن خرجتِ» أَو..........................

وقوله: «لا تخرج إلى أن آذن لك» مثل قوله: «حتى أن آذن لك»، وقوله: «وبغير إذني مثل» قوله: «إلا بإذني».

وكذلك: إن خرجت إلا بقناع أو بملحفة مثل «إلّا بإذني»، وإنما قيدنا بعبده وامرأته؛ لأنه لو قال: لا أكلّم فلاناً إلا بإذن فلان، أو حتى يأذن، أو إلا أن يأذن، أو إلا أن يقدم فلان، أو حتّى يقدم، أو قال لرجل في داره: والله لا يخرج إلّا بإذني.. فإنه لا يتكرر الإذن في هذا كلّه؛ لأن قدوم فلان لا يتكرر عادة؛ والإذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الإذن؛ وكذا خروج الرجل ممّا لا يتكرر عادة؛ بخلاف الإذن للزوجة؛ فإنه لا يتناول إلّا ذلك الخروج المأذون فيه عادة، لا كلّ خروج، إلّا بنصّ صريح فيه؛ مثل: أذنت لك أن تخرجي كلّما أردت الخروج ونحوه. كذا في «فتح القدير»، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

(وفي: **لا تخرج إلّا بإذنه، لو أذن لها**)، أي لزوجته (**فيه**)، أي في الخروج (**متى شاءت**)، هذا بيان لطريق إسقاط اشتراط الإذن لكل خروج في الحلف المذكور، وذلك بأن يقول: كلما شئت الخروج.. فقد أذنت لك فيه.

فإذا قال هذا، (**ثم نهاها فخرجت.. لا يحنث عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد**).

لأبي يوسف: أن نهيه بعد إذنه العام بقوله: «كلّما أردت الخروج فقد أذنت لك» لا يفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام [٥٧٦/ب].

ولمحمّد: إنّه لو أذن لها بالخروج مرّة ثم نهاها.. يعمل نهيه اتفاقاً، فكذا بعد الإذن العامّ.

(**ولو أرادت الخروج فقال**) الزوج: (**إن خرجت**) فأنت طالق، (**أو**) أرادت

ضرب العَبْد فَقَالَ: «إِن ضربتِ».. تقيَّدَ الْحِنْثُ بِالْفِعْلِ فَوْراً، فَلَو لَبِثت ثمَّ فعلَت.. لَا يَحْنَثُ.

قَالَ لآخرَ: «اجْلِسْ فتغدَّ معي»، فَقَالَ: «إِن تغدَّيتُ فَكَذَا».. لَا يَحْنَثُ بالتغدِّي لَا مَعَه وَلَو فِي ذَلِك الْيَوْم، إِلَّا إِن قَالَ: «إِن تغديتُ الْيَوْمَ».

(**ضرب العبد فقال**) رجل آخر: (**إن ضربت**) عبدك فعبدي حرّ (.. **يقيد الحنث بالفعل فوراً**)، حتى لو فعلت المرأة الخروج أو الضرب.. طلقت وعتق عبد الرّجل.

(**فلو لبثت**) ساعة بأن جلست مثلاً (**ثم فعلت**) الخروج أو الضرب (.. **لا يحنث**)، وهذه تسمى يمين فور تفرّد به أبو حنيفة، وكان الناس في القرن السابق يعملون اليمين نوعين: **مؤبّدة**: وهي أن يحلف مطلقاً، **وموقّتة لفظاً**: مثل أن يحلف أن يفعل كذا اليوم... إلى زمن أبي حنيفة، ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو: **المؤبّد لفظاً والمؤقت معنى**، وقد أخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا إلى نصرة رجل، فحلفا أن لا ينصراه، ثم نصراه ولم يحنثا، والمعتبر في ذلك هو العرف؛ فإن الحالف في العادة يقصد بهذا اللّفظ منعها عن الخرجة التي تهيأت لها، لا من الخروج على التأبيد؛ فإذا عادت.. فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين، فلا يحنث بعد ذلك وإن خرجت أو ضربت العبد.

واعلم: أن يمين الفور: إما تتقيد في الحال، أو تكون بناء على أمر حالي:

فمن الثاني: ما ذكره من المسألتين.

ومن الأول: ما ذكره بقوله: (**قال لآخر**) أي: لو أراد رجل الخروج فقال الآخر: (**اجلس فتغد معي، فقال**) ذلك الرجل: (**إن تغديت فكذا**) - أي: عبدي حر - (.. **لا يحنث بالتغدي لا معه، ولو في ذلك اليوم**) لأن كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغد المدعو إليه؛ فكأنه قال: إن تغديت معك، فلم يوجد شرط الحنث، (**إلّا إن قال: إن تغديت اليوم**)؛ لأنه زاد على حرف الجواب، فيجعل

وَفِي: «لَا يركبُ دَابَّةَ فلَانٍ» فَركبَ دَابَّةَ عبدٍ لَهُ مَأْذُون».. لَا يَحْنَثُ إِلّا إِن نَوَاهُ وَهُوَ غيرُ مُسْتَغْرِقٍ بِالدّينِ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَحْنَثُ مُطلقاً إِن نَوَاه، ......

كلاماً مبتدأ لا جواباً عن السؤال؛ حملاً للزيادة على الإفادة، فيحنث بالتغدي في ذلك اليوم؛ الغداء المدعو إليه أو غيره، ومعه أو بدونه.

ولو قال: عنيت الجواب.. صدّق ديانة - لأنه محتمل كلامه - لا قضاء؛ لكونه خلاف الظاهر.

وعند الشافعي: يحمل على الجواب لا الابتداء.

(**وفي: لا يركب دابة فلان فركب دابّة عبد له**) - أي لفلان - (**مأذون**)؛ مديوناً كان أو غير مديون (**.. لا يحنث**) عند أبي حنيفة ما لم ينو ركوب دابة المأذون، وأما إذا نواه.. فإليه أشار بقوله: (**إلّا إن نواه**) أي نوى ركوب دابة العبد المأذون، (**وهو غير مستغرق بالدين**)؛ فإنه حينئذ يحنث.

والحاصل: أنّ العبد إما أن لا يكون له دين أصلاً، أو يكون له دين مستغرق، أو غير مستغرق:

فإن لم ينو له.. لا يحنث مطلقاً عنده؛ لأن ملك المأذون وإن كان للمولى عنده إلا أنه مضاف إلى العبد عرفاً - يقال: دابة عبد فلان، ولا يقال: دابة فلان - وبه ورد الشرع أيضاً، فلا بدّ له من النية.

وإن نواه:

فعلى الأول والثالث: يحنث؛ لأن الملك للمولى وخصه بالنية.

وعلى الثاني [٥٧٧/أ]: لا يحنث؛ لأنه لم يبق للمولى حق فيما ملكه المأذون المديون المستغرق عنده.. فلا فائدة في النية.

(**وعند أبي يوسف: يحنث مطلقاً**) أي: في الوجوه المذكورة كلها (**إن نواه**):

أما الحنث: فلأن الملك للمولى في الحقيقة، والدين لا يمنع وقوعه له عنده.

وأما النية: فلاحتمال الإضافة إلى المولى بالإضافة إلى العبد على ما ذكرناه.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يَحْنَثُ مُطلقاً وَإِن لم يَنوِهِ.

(وعند محمد: يحنث مطلقاً، وإن لم ينوه) اعتباراً لحقيقة الملك؛ إذ الدين لا يمنع وقوعه للمولى عنده أيضاً.

واعلم: أن «مسألة الركوب» على العرف؛ فإذا حلف: لا يركب دابة فلان.. انعقد على حماره وبغله وفرسه، فلو ركب جمله أو فيله.. لا يحنث، وإن كان اسم الدابة لما يدب على الأرض؛ لأن العرف خصّصه بالركوب المعتاد، وهو ركوب هذه الأنواع الثلاثة، فيتقيد به وإن كان الجمل ممّا يركب أيضاً في الأسفار وبعض الأوقات، فلا يحنث بالجمل، إلا إذا نواه؛ وكذا الفيل والبقر إذا نواه.. حنث، وإلّا.. لا.

وينبغي إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضاً؛ لأن ركوبها معتاد لهم، وكذا إذا كان حضرياً جمّالاً، والمحلوف على دابّته جمّال.. دخل في يمنيه بلا نية.

وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلاً.. لا يصدّق ديانة ولا قضاء؛ لأن نية الخصوص.. لا تصح في غير اللّفظ.

ولو حمل على دابّته مكرهاً.. لا يحنث على وزان ما تقدّم.

ولو حلف لا يركب مركباً ولا نية له.. حنث بكلّ مركب؛ سفينة أو محمل أو دابة.

ولو ركب ظهر إنسان ليعبر النهر مثلاً.. ينبغي أن لا يحنث. كذا في «البحر».

* * *

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ واللّبسِ وَالْكَلَامِ)

(بَابُ اليَمينِ)
(في الأكْلِ وَالشّرْب وَاللّبس وَالكلام)

واعلم: أن ما يصل إلى جوف الإنسان لا يخلو عن أربعة أوجه: مأكول ومشروب وممصوص وملعوق.

فالمأكول: ما يتأتى فيه المضغ والهشم؛ سواء مضغه ثم ابتلعه، أو ابتلعه بلا مضغ، حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها من غير مضغ.. سمّي أكلاً؛ لأن معناه إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف وإن ابتلعه بلا مضغ على ما صرّحوا به في كتب هذا الفن.

وأما في «المصباح»: من أن الأكل حقيقة بلع الطعام بعد مضغه.. فبلع الحصاة ليس بأكل حقيقة. انتهى.

فمعناه: بلع الطعام بعد أن كان مما يمضغ، ويشعر هذا المعنى تفريعه بقوله: «فبلع الحصاة».

والمشروب: ما لا يتأتى فيه ذلك؛ كالماء والنبيذ واللبن، فلو حلف: لا يأكل لبناً فشربه.. لم يحنث، ولو حلف: لا يشربه فثرد فيه وأكله.. لم يحنث.

والممصوص: هو ما يحصل بعلاج اللهات، فلو حلف: لا يأكل عنباً أو رمّاناً فمصّه ورمى ثفله وابتلع ماءه.. لم يحنث؛ لا في الأكل ولا في الشرب [٥٧٧/ب].

والملعوق: هو ما يتناول باللحس بالإصبع والشفاه. كذا في «العناية».

فالوصول إلى الجوف معتبر في مفهوم كلّ من هذه الأربعة، فبقي المذوق وهو من مسائل هذا الباب.

فإن قيل: يجوز أن يكون المراد بالملعوق هو المذوق.

فَلَو حَلَفَ: لَا يَأْكُلُ مِن هَذِهِ النَّخْلَةِ.. فَهُوَ على ثَمَرِهَا ودُبسِها غيرِ الْمَطْبُوخِ،

قلنا: قد عرفت أن الوصول إلى الجوف معتبر في مفهوم الملعوق، وليس بمعتبر في مفهوم المذوق؛ لأن المذوق؛ إما عبارة عن عمل الشفاه، أو عن عمل الفم لمجرد معرفة الطعم؛ وصل إلى الجوف أو لم يصل، على الاختلاف في تفسيره على ما في «فتح القدير»، وعلى التفسيرين: إن الوصول إلى الجوف غير معتبر في مفهومه، ولهذا لم يكن الذوق مفطراً، بل قيل: إن المعتبر في مفهومه عدم الوصول إلى الجوف، حتى لا يحنث بالأكل في الحلف على الذوق.

ثم هذا أصل، يتفرع عليه مسائل الباب.

وههنا أصل آخر وهو: أنه إذا عقد يمينه على أكل ما هو مأكول بعينه.. ينصرف إلى أكل عينه، وإذا عقد على ما ليس بمأكول بعينه، أو على أكل ما هو مأكول بعينه إلا أنّه لا يؤكل كذلك. عادة.. ينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازاً. كذا في «الخلاصة».

إذا عرفت هذا.. (**فلو حلف: لا يأكل من هذه النخلة**)؛ فإن نوى ما يحتمله كلامه.. فعلى ما نوى، وإلّا.. فإن كانت الشجرة مما يؤكل عينها كالرِّيباس.. فعلى الحقيقة وإلا:

فإن لم تكن مثمرة.. فعلى ثمنها كشجرة الخلاف.

وإن كانت مثمرة (.. **فهو على ثمرها ودبسها غير المطبوخ**) لما أصلناه من أن اليمين متى أضيف إلى ما لا يؤكل.. ينصرف إلى ما يتخذ منه مجازاً، وههنا أضيف إلى ما لا يؤكل، ومثله لا يحلف على عدم أكله؛ لأنه ممتنع الأكل قبل اليمين، فيلغو الحلف، فوجب تصحيح كلام العاقل بصرفها إلى ما يخرج منها تجوزاً بذكر السبب وإرادة المسبب، لكن بشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة؛ لأن ما يتغير بها ويتوقف عليها.. ليس مما خرج من النخلة مطلقاً؛ ولذا عطف عليه في قوله: ﴿لِيَأْكُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ﴾ فكان في معنى «لا أكل ما يخرج من النخلة».

لَا نبيذِها وخلِّها ودُبسِها الْمَطْبُوخِ.

وعلّله بعض مشايخنا: بأن ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخّلة، واليمين إنما انعقد على كلّ ما يخرج منها على وجه الابتداء؛ لكون «من» ابتدائية؛ سواء كان خرج حين الحلف أو بعده.

وفيه نظر؛ لأن «من» المذكورة داخلة على النخلة تبعيضيّة لا ابتدائية، نعم: إن «من» المذكورة في تأويله، أعني: «لا أكل مما يخرج من هذه النخلة» ابتدائية، لكنها غير مذكورة فيما نحن فيه، أعني «لا آكل من هذه النخلة»، ولهذا الشرط قيد الدبس بغير المطبوخ، والمراد بالدبس الغير المطبوخ: ما يسيل من الرطب، أي: عصيره، لا الدبس الحقيقي؛ لأنه لا يكون إلّا بالطبخ، فيكون مما يتغير بالصنعة الجديدة، فلا يحنث به.

وأشار بالنخلة إلى أنه لو حلف: لا يأكل من هذا الكرم.. فهو على عنبه وحصرمه [٥٧٨/أ] وزبيبه وعصيره.

بخلاف ما لو حلف: لا يأكل من هذا العنب.. لا يحنث بزبيبه وعصيره؛ لأن حقيقته ليست بمهجورة، فيتعلق الحلف بمسمّى العنب.

ولو حلف: لا يأكل من هذا الشجر، فقطع غصناً من هذا الشجر ووصله بشجرآخر، فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن.. لا يحنث، وقيل: يحنث. كذا في «الخلاصة».

(لا نبيذها وخلها ودبسها المطبوخ) فلو أكل شيئاً منها.. لا يحنث؛ لأنها تغيرت بصنعة جديدة، والمراد بالأكل: المضاف إلى هذه الأشياء بمعنى الشرب لما ذكرناه من الأصل الأول.

وفي «الخلاصة»: لو حلف: لا يأكل من هذه النخلة، فأكل من ثمرها أو من طلعها أو بسرها.. حنث، ولو أكل من ناطفها أو نبيذ ثمرها.. لم يحنث، ولو أكل الخلّ المتخذ من الكرم - لم يذكر في الكتاب - قالوا: وينبغي أن لا يحنث.

أَو مِن هَذِهِ الشَّاةِ.. فَهُوَ على اللَّحْم دُونَ اللَّبنِ والزُّبدِ.

وَفِي: لَا يَأْكُلُ من هَذَا الْبُسْرِ فَأَكله رُطَباً.. لَا يَحْنَثُ.

وَكَذَا: من هَذَا الرُّطَبِ أَو اللَّبَنِ فَأَكَلَهُ تَمراً أَو شِيرازاً.

وفي «قاضي خان»: ولو حلف: أن لا يأكل من هذا الكرم، فأكل من عصيره أو خلّه أو ربّه أو فلاتجه أو ما أشبه ذلك.. لا يكون حانثاً.

ولو أكل من عنبه أو زبيبه أو خوخه أو كمثراه يابساً أو غير يابس.. كان حانثاً؛ لأن عين هذه الأشياء يخرج من الكرم بغير صنع العبد.

وأما القسم الأول: فلا يخرج من الكرم من غير صنع العبد. انتهى.

(أو) حلف: لا يأكل (من هذه الشاة.. فهو على اللحم دون) ما يخرج منها من (اللبن والزبد)؛ لأن عين الشاة مأكول، واليمين إذا عقد على أكل ما هو مأكول بعينه.. ينصرف إلى أكل عينه على ما أصلناه.

ولو حلف: لا يأكل من هذا العنب.. فهو على عنبه.

(وفي: لا يأكل من هذا البسر فأكله رطباً.. لا يحنث، وكذا من هذا الرطب أو اللبن فأكله تمراً أو شيرازاً).

وفي «المصباح»: الشيراز: اللبن الرائب يستخرج منه ماؤه، وقال بعضهم: لبن يغلى حتى يثخن، ثم ينشف حتى ينثقب ويميل طعمه إلى الحموضة. انتهى.

وكذا لو حلف: لا يذوق من هذا الخمر، فذاقه بعدما صار خلاً.. لا يحنث. كذا في «الخلاصة».

وهذا لأن الأصل: أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين.. يقيد بها في المعرف والمنكر؛ فإذا زالت تلك الصّفة.. زال اليمين عنه، وما لا يصح داعية.. اعتبر في المنكر دون المعرف، وصفة البسورة والرطوبة واللبنية والخمورة مما تدعو إلى اليمين؛ فإذا زالت.. زال ما عقد عليه اليمين، فأكله أكل ما لم ينعقد عليه اليمين.

وفي «الهداية»: ولأن اللبن مأكول عينه، فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه من زبده وسمنه أو شيرازه.

وقال في «شرح المجمع»: لو حلف: لا يشرب اللّبن، فأكل لبناً مصبوباً فيه الماء.. لا يحنث اتفاقاً. انتهى.

وفي «البزازية»: لا يشرب لبناً لهذه البقرة، فصبّ فيه لبنا آخر لبقرة أخرى فالإمام الثاني: يعتبر الغالب، وعند محمد: يحنث بكل حال؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده، بل يكثر.

وإن صب فيه الماء وشربه؛ إن كان اللّون والطعم للبن.. يحنث، وإن كان للماء.. لا يحنث عند الثاني.

ومحمد يعتبر الغلبة بالأجزاء، وإن تساويا [٥٧٨/ب].. يحنث استحساناً.

والخلاف فيما يمتزج.

وأما ما لا يمتزج؛ كالدهن إذا عقد يمينه عليه.. يحنث اتفاقاً. انتهى.

ومراده بالأكل ههنا بمعنى الشرب؛ لأن اللبن من المشروبات على ما ذكرناه، وبه صرّح في «الخلاصة» أيضاً، وإنما عبّر عنه بالأكل إشارة إلى أن الوصول إلى البطن معتبر في مفهومهما على ما ذكرناه، بخلاف الذوق؛ فإن الوصول ليس بمعتبر في مفهومه.

ففي «الخلاصة» عن «المحيط»: فيمن حلف: لا يذوق فأكل أو شرب.. يحنث، ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب.. لا يحنث بالذّوق.

وروى هشام: حلف: لا يذوق، فيمينه على الذوق حقيقة، وهو أن لا يوصل إلى جوفه، إلا أن يتقدّمه كلام يدلّ عليه؛ نحو أن يقول رجل: تعال تغد معي، فحلف: لا يذوق طعاماً ولا شراباً.. فهذا على الأكل والشرب. انتهى.

فظهر منه: أن بين الذوق وبين الأكل والشرب عموماً وخصوصاً مطلقاً.

بِخِلَافِ لَا يُكلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ فَكَلَّمهُ شَابّاً أَو شَيخاً، أَو لَا يَأْكُلُ لحم هَذَا الْحَمَلِ فَأَكلَهُ كَبْشاً.

وَفِي: لَا يَأْكُل بُسراً فَأَكلَهُ رُطَباً.. لَا يَحْنَثُ، وَلَو أكل مُذَنِّباً.. حَنِثَ.

وَكَذَا لَو أَكَلَهُ بَعْدَمَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَباً، وَقَالا: لَا يَحْنَثُ فيهمَا.

(**بخلاف: لا يكلّم هذا الصّبي فكلّمه شاباً أو شيخاً، أو لا يأكل لحم هذا الحمل**) - هو بفتحتين: ولد الشاة - (**فأكله كبشاً**) دفع لما يرد نقضاً على القاعدة المذكورة بأن الصّبى في الصبي والصّغر في الحمل وصفان داعيان إلى اليمين فيتقيد اليمين بهما، فينبغي أن لا يحنث بعد زوالهما مع أنه يحنث.

ووجه الدفع: سلّمنا أن الصبيّ وصف داع إلى اليمين؛ لكونه مظنة السفه، وأن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك، لكن الشرع أسقط اعتباره حيث نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، وقال: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا...» الحديث، والمهجور شرعاً كالمهجور عادة.. فانعقدت اليمين على الذات بدون الوصف، والذات موجودة حالة الشيخوخة فيحنث.

وأما وصف الصفة في الحمل.. فلا نسلم أنه داع إلى اليمين؛ فإن الممتنع عنه أكثر امتناعاً من لحم الكبش، وإذا لم يكن داعياً إليه.. لم يتقيد به؛ فانعقدت على ذاته، فيحنث به كبشاً لوجود ذاته فيه.

(**وفي: لا يأكل بسراً**) - أي بالتنكير؛ لأن حكم المعرف تقدّم - (**فأكله رطباً.. لا يحنث**) لما مر من أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين.. تقيد بها في المعرف والمنكر؛ فإذا زالت.. زال اليمين، وصفة البسورة ما تدعو إلى اليمين.

(**ولو أكل مذنباً**) بكسر النون، وهو ما بدا الإرطاب من قبل ذنبه، وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة، فتفسيره: وهو الذي عامته بسر، وفيه شيء من الرطب (**..حنث، وكذا لو أكله**) أي المذنب (**بعدما حلف لا يأكل رطباً، وقالا: لا يحنث فيهما**)، هذه المسألة على وجوه:

منها: أنه حلف: لا يأكل بسراً فأكله رطباً.. فلا يحنث بالاتفاق لما ذكرناه، وكذا في عكسه.

ومنها: أنه حلف: لا يأكل بسراً فأكل بسراً مذنباً.. حنث بالإتفاق.

ومنها: أنه حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً.. حنث عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف.

ومنها: أنها حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً مذنباً.. حنث بالاتفاق.

ومنها: أنه حلف [٥٧٩/أ]: لا يأكل رطباً فأكل بسراً مذنباً.. حنث عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف، وقول محمد مع أبي حنيفة على رواية «الهداية»، ومع أبي يوسف على رواية «الإيضاح» وشروح «الجامع الصغير» و«الكبير» و«المبسوط» في الخلافيتين، وعبارة المصنف ظاهرة.

وجه الاتفاقية: أن البسر المذنب والرطب المذنب: رطب.

ووجه أبي حنيفة في الخلافية: أن البسر المذنب ما يكون في ذنبه قليل رطب، والرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، ليكون آكلهما آكل البسر والرطب؛ فيحنث في الصّورتين وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوباً، ألا ترى أنه لو ميزه فأكله.. حنث بالاتفاق؛ فكذا إذا أكله مع غيره.

فإن قيل: هذا مشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء، والماء غالب فشربه.. لم يحنث وإن شرب المحلوف عليه وزيادة.

قلنا: إن اللبن لما صبّ فيه الماء شاع في جميع أجزائه وصار مائعاً؛ فصار مستهلكاً، فلا يكون مقصوداً بالشرب، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن كلاً من الغالب والمغلوب مقصود.

وَلَو أَكَلَهُ بعدَ حَلِفِهِ لَا يَأْكُلُ رطباً وَلَا بُسراً.. حَنِثَ اتِّفَاقاً.

ولأبي يوسف: أن البسر المذنب يسمى بسراً، والرطب المذنب رطباً؛ فإذا حلف لا يأكل بسراً وأكل الرطب المذنب أو بالعكس.. فقد أكل الرطب لا البسر وبالعكس.. فلا يحنث.

(ولو أكله)؛ أي: المذنب من البسر أو الرطب (بعد حلفه لا يأكل رطباً، ولا بسراً.. حنث اتفاقاً) لوجود شرط الحنث؛ لأن في كلّ من المذنبين رطباً وبسراً، فيحنث بالأكل أيّهما كان.

فإن قيل: قد تقدم أن البسر المذنب بسر لا رطب، والرطب المذنب رطب لا بسر عند أبي يوسف؛ فإذا أكل البسر المذنب.. صار آكلاً البسر فقط، وإذا أكل الرطب المذنب.. صار آكلا الرطب فقط عنده، وشرط الحنث في مسألتنا أكلهما معاً، فكيف تكون المسألة اتفاقية؟!

قلنا: سلّمنا ذلك، لكن لا نسلم أن شرط الحنث ههنا وجود أكلهما معاً، بل يكفي في الحنث وجود أكل واحد منهما على ما في «الخلاصة» من أنه لو حلف لا يذوق طعاماً ولا شرباً فذاق أحدهما.. يحنث. انتهى.

فإذا أكل البسر المذنب لا خلاف في حصول أكل البسر؛ وكذا في الرطب المذنب، وقدّمنا بعض ما يتعلق بهذه المسألة في باب تعليق الطلاق، ولنذكر بعضاً منها تكميلاً للفائدة:

ففي الفصل التاسع من أيمان «الخلاصة» نقلاً عن «البحر»: حلف: لا يكلم فلاناً وفلاناً.. لا يحنث حتى يكلّمهما؛ فلو نوى الحنث بأحدهما.. يحنث، وإن لم تكن له نية.. اختلفوا: قال صاحب «المحيط»: والمختار: أنه لا يحنث حتى يكلّمهما، ثم قال فيها: إنه لو حلف لا يكلم فلاناً أو فلاناً فكلّم أحدهما.. يحنث.

وكذا لو قال: لا يكلم فلاناً ولا فلاناً، فكلم أحدهما.. يحنث.

ولو قال: والله لا أكلم فلاناً يوماً ويومين وثلاثة.. فهذا على ستة أيّام.

وَفِي: لَا يَشْتَرِي رُطَباً فَاشْتَرى كِبَاسَةَ بُسرٍ فِيهَا رُطَبٌ.. لَا يَحْنَثُ؛ كَمَا لَوِ اشْتَرى بُسراً مذَنَّباً.

وَفِي: لَا يَأْكُلُ لَحْماً أَو بيضاً، فَأكَلَ لحمَ سمكٍ أَو بيضَهُ.. لَا يَحْنَث.

ولو قال: لا أكلمه لا يوماً، ولا يومين، ولا ثلاثة أيام.. فهذا على ثلاثة أيّام.

ثم قال نقلاً عن «المحيط»: إذا حلف بالطلاق أن لا يذوق [٥٧٩/ب] طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما.. لا يحنث.

قال الفضلي: إن كان له نية، وإن لم يكن له نية.. فالجواب كما في الكتاب.

ثم قال في الفصل الثاني عشر: لا يذوق طعاماً ولا شراباً، فذاق أحدهما.. يحنث، ولو قال: لا أذوق طعاماً وشراباً، فذاق أحدهما.. لم يحنث، فقوله: «يحنث» في الفصل الثاني عشر محمول على ما إذا لم تكن له نية كما قال الفضلي.

وقال في «مختارات النوازل»: حلف: لا يذوق طعاماً ولا شراباً، فذاق أحدهما.. حنث، وقيل: لا يحنث إن نوى الكل، وعليه الفتوى. انتهى.

(**وفي: لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب.. لا يحنث**) - الكباسة: عنقود النخل - (**كما لو اشترى بسراً مذنباً**)؛ لأن الشراء يصادف الجملة، فيعتبر الغالب، والمغلوب تابع له، بخلاف الأكل؛ فإنه يصادف المأكول شيئاً فشيئاً، فيكون كل من الغالب والمغلوب مقصوداً على ما مر؛ فصار هذا نظير من حلف لا يشتري لبناً أو صوفاً، فاشترى شاة لها لبن أو صوف.. حيث لا يحنث؛ لأن بائعه لا يسمّى بائع اللبن أو الصّوف؛ وكذا مشتريه.

(**وفي: لا يأكل لحماً أو بيضاً فأكل لحم سمك أو بيضه.. لا يحنث**) في الاستحسان إن لم تكن له نية؛ لأن اللّفظ إذا أطلق.. يتناول الكامل من أفراده لا القاصر، ولحم السمك وبيضته فيه قصور؛ لأن اللحم من الالتحام، والالتحام بالاشتداد، والاشتداد بالدم، والدم في السمك ضعيف، ولهذا سكن في الماء، فخرج

وَكَذَا فِي الشِّرَاء.

وَلَو أَكلَ لحمَ إِنْسَانٍ أَو خِنْزِيرٍ.. حَنِثَ.

من إطلاق اللحم، حتى كان بحيث لا يفهم منه إلا بقرينة في العرف، ومبنى الأيمان على العرف لا على إطلاقات القِران عندنا على ما مر.

وأما إذا كان له نية فأكل سمكاً طريّا أو مالحاً.. حنث؛ لأنه من محتملات كلامه.

حلف لا يأكل لحماً فأكل من مرقه.. لا يحنث، إلا إذا كان نواه. كذا في «فتح القدير».

(**وكذا في الشراء**) كذا في «الشافي» و«الاختيار».

لكن قال في «الخلاصة» و«البزازية»: الأصح أن يفرق بين الأكل والشراء، حتى لو حلف لا يأكل لحماً فأكل شيئاً من الرؤوس.. يحنث، بخلاف ما لو حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً مشوياً.. لا يحنث.

وقال في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: الرأس والأكارع لحم في يمين الأكل، وليس بلحم في يمين الشراء.

(**ولو أكل لحم إنسان أو خنزير.. حنث**)؛ لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام، واليمين قد تعقد للمنع من الحرام.

وقال العتابي: إنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمي، وقال «الكافي»: وعليه الفتوى.

وقال الزيلعي راداً عليه: وكأنه اعتبر فيه العرف، ولكن هذا عرف عملي.. فلا يصلح مقيداً، بخلاف العرف اللفظي، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة.. لا يحنث بالركوب على الإنسان المعرف اللفظي؛ فإن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا إلى الكراع وإن كان في اللغة يتناوله، ولو حلف لا يركب حيواناً.. يحنث بالركوب على إنسان؛ لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان، والعرف العملي لا يصلح مقيداً. انتهى.

وَكَذَا لَو أَكَلَ كَبِداً أَو كَرِشاً، وَالْمُخْتَار: أَنهُ لَا يَحْنَثُ بهما فِي عرفنَا، كَمَا لَو أَكَلَ إليةً.

وَفِي: لَا يَأْكُل شحماً.. يتَقَيَّدُ بشحمِ الْبَطنِ، فَلَا يَحْنَثُ بشحمِ الظّهْرِ خلافاً لَهما، ....

وردّ في [٥٨٠/أ] «فتح القدير» بقول الأصوليين: الحقيقة تترك بدلالة العادة؛ إذ ليست العادة إلا عرفاً علينا. انتهى.

ثم إنه أشار بإطلاقه إلى أنه يحنث بأكله نيئاً وفيه اختلاف:

ففي «الأصل»: لو حلف لا يأكل لحماً ولا نية له.. لا يحنث بأكل السّمك، ويحنث بأكل لحم الإبل والغنم والطيور؛ مطبوخاً أو مشوياً أو قديداً.

وحكم صاحب «الخلاصة» و«البزازية»: أن هذا عن محمد، إشارة إلى أنه لا يحنث بأكل النيئ، وبه قال أبو بكر الإسكاف وعليه الفتوى.

وقال الفقيه أبو الليث: إنه يحنث.

(وكذا أكل كبداً أو كرشاً)، وفي «المصباح»: الكرش الذي الخف والظّلف: كالمعدة للإنسان، ولليربوع والأرنب كرش أيضاً. انتهى.

(والمختار: أنه لا يحنث بها في عرفنا)؛ لأنه لا يعدّ لحماً؛ احترازاً عما قيل: إنه يحنث في عرف أهل الكوفة؛ لأنه لحم حقيقة عندهم؛ فإن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم.

(كما لو أكل إلية) أو شحم البطن، هذا بالإجماع؛ لأنه ينفي عنه اسم اللحم، ولا يستعمل استعماله، وأما لو أكل الحمرة التي في وسط الإلية.. حنث؛ لأنه لحم.

(وفي: لا يأكل شحماً.. يتقيد بشحم البطن) عند أبي حنيفة.

وكذا في: لا يشتري شحماً.. يتقيد بشحم البطن.

(.. فلا يحنث بشحم الظهر)، وهو الذي خالطه لحم.

(خلافاً لهما) قالا: يحنث في شحم الظهر أيضاً؛ لوجود خاصية الشحم فيه،

وَلَو أكل أَليةً أَو لَحماً.. لَا يَحْنَثُ اتِّفَاقاً.

وَفِي: لَا يَأْكُل من هَذِه الْحِنْطَة.. يتَقَيَّد بأَكلها قَضماً، فَلَا يَحْنَث بِأَكْلِ خُبزِها، خلافاً لَهما.

وهو الذوب بالنار.

ولأبي حنيفة: أنه لحم حقيقة، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم، وتحصل به قوّته، ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم.

(**ولو أكل ألية أو لحماً.. لا يحنث**) أي في حلفه لا يأكل شحماً (**اتفاقاً**)؛ لأنه نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم والشحوم.

(**وفي لا يأكل من هذه الحنطة يتقيد بأكلها قضماً**)، القضم: الأكل بأطراف الأسنان، وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة؛ لأنه إذا عقد يمنيه على أكل حنطة لا بعينها.. ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما على ما في «العناية».

(**فلا يحنث بأكل خبزها، خلافاً لهما**) هذه المسألة على أوجه:

أحدها: ينوى حباً.. لا يأكل حبها كما هي، فأكل من خبزها أو سويقها.. لا يحنث بالاتّفاق؛ لأنه أراد حقيقة فيتقيد اليمين بها.

والثاني: أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها.. لا يحنث بأكل عينها كذلك.

والثالث: وهو مسألة الكتاب: أن لا تكون له نية؛ فأكل من خبزها.. لم يحنث عنده، خلافاً لهما.

له: أن الحقيقة المستعملة أولى عنده من المجاز المتعارف، فيحمل على الأكل قضماً.

ولهما: أن المجاز المتعارف أولى منها، فيحمل على أكل ما فيها على ما في «الأصول».

وَفِي: لَا يَأْكُلُ مِن هَذَا الدَّقِيقِ.. يَحْنَثُ بِخُبزِهِ لَا بِسَفِّهِ فِي الصَّحِيحِ.

وَالْخبْزُ: يَقعُ على مَا اعتادَهُ أهلُ مِصرِهِ؛ كخبزِ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ، فَلَا يَحْنَثُ بِخُبْزِ القطائفِ أَو خُبزِ الآرُزِّ بالعراقِ، إِلّا إذا نَوَاه.

ولو قضمها.. حنث عندهما على الصحيح؛ لعموم المجاز؛ كما إذا حلف: لا يضع قدمه في دار فلان.. حنث في الدخول؛ راكباً أو ماشياً، حافياً أو متنعلاً.

(وفي لا يأكل من هذا الدقيق.. يحنث بخبزه) بالاتفاق؛ لأن عينه غير مأكول، فكانت الحقيقة متعذرة، فيصار إلى المجاز وهو ما يتخذ منه.

(لا بسفه) - يقال: استفه [٥٨٠/ب] أي: أكل من غير مضغ - (في الصّحيح) احترازاً عن قول مشايخ أنه يحنث؛ لأنه أكل الدّقيق حقيقة، والحقيقة لا تسقط بالعرف.

قلنا: لا نسلم أن الحقيقة لا تسقط بالعرف المعتبر؛ كمن قال لأجنبية: إن نكحتك فعبدي حرّ، فزنى بها.. لم يحنث؛ لأن يمينه لمّا انصرف إلى العقد بالعرف.. لم يتناول حقيقة الوطء.

(والخبز يقع على ما اعتاده أهل مصره كخبز البرّ والشعير) وهو المتعارف في أكثر البلدان، (فلا يحنث بخبز القطائف)؛ لأنه لا يسمّى خبزاً مطلقاً، إلا إذا نواه؛ لأنه من محتملات كلامه.

(أو خبز الأرز) - هكذا وقع بكلمة «أو»، ولو عطفه بالواو.. لكان أولى - (بالعراق)؛ لأنه غير متعارف عندهم، ولو كان في طبرستان.. يحنث بخبز الأرز للتعارف فيها، (إلّا إذا نواه) فحينئذٍ يحنث؛ لأنه من محتملات كلامه.

وفي «الخلاصة» عن محمّد فيمن حلف على ما لا يؤكل: أن لا يأكله؛ فاشترى به ما يؤكل فأكل.. حنث، ولو حلف على ما يؤكل؛ فاشترى به ما يؤكل فأكله.. لا يحنث.

والشِّواءُ: على اللَّحْمِ لَا على الباذنجانِ أَو الجَزَرِ أَو الْبيضِ، إِلّا إِذا نَوَاه.

والطَّبخُ: على مَا يُطْبَخُ منَ اللَّحْمِ بِالْمَاءِ وعَلى مرقِهِ، إِلّا إِذا نوى غيرَ ذَلِكَ.

وَالرَّأْسُ: على مَا يُبَاعُ فِي مِصرِهِ ويُكْبَسُ فِي التَّنانيرِ.

(والشواء: على اللحم لا على الباذنجان أو الجزر) بالجيم والزاي المعجمتين المفتوحتين: أصل نبات ينبته الإنسان ويبيعه في الأسواق، حمرة اللون وهو معروف، (أو البيض) المشويين؛ لعدم تبادرها عند الإطلاق، (إلا إذا نواه) لاحتماله، وفيه تشديد على نفسه، ولا يدخل فيه السمك المشوي أيضاً على ما في «الخلاصة»، إلا إذا نواه.

(والطبخ: على ما يطبخ من اللّحم بالماء، وعلى مرقه) للعرف فيه، والأيمان مبنية عليه.

وفي «الخلاصة»: لو حلف: لا يأكل طبيخاً؛ فإن لم يكن له نية.. فهو على اللّحم خاصة، وإن كان له نية.. فعلى ما نوى.

وذكر القدوري: إن هذا الاسم يجعل على اللحم الذي يجعل في الماء ويطبخ، إلا إذا نوى غيره، والغلية التي لا مرق لها ليست بطبيخ، ولو أكل المرق.. يحنث، ولو طبخ الأرز بودك.. فهو طبيخ، ولو طبخ بسمن أو زيت.. فليس بطبيخ، والطبيخ يقع على اللحم والمرقة.

قال ابن سماعة: الطبيخ يقع على الشحم أيضاً. انتهى كلام «البزازية».

فكلام المصنف بناء على ما ذكره القدوري.

(إلا إذا نوى غير ذلك) مما يطبخ؛ لاحتماله ذلك.

(والرأس: على ما يباع في مصره ويكبس في التنانير) فسره في «الجامع الصغير»: برؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة، وبرؤوس الغنم خاصة عندهما، وقيل: هذا اختلاف عصر.

والفاكهـةُ: علـى التُّفَّـاحِ والبطـيخِ والمشـمِشِ، وَعِنْـدَهُمَا: علـى الْعِنَـبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّانِ أَيْضاً، وَلَا تقعُ على القِثَّاءِ وَالْخِيَارِ اتِّفَاقاً.

(والفاكهة: على التفاح والبطيخ والمشمش) عند أبي حنيفة، (وعندهما: على العنب والرطب والرمان أيضاً) حتى يحنث بأكلها في حلفه لا بأكل الفاكهة بلا نية؛ لأنها اسم لما يتفكه بعد الطعام أو قبله، أي يتنعّم به، وهذا المعنى موجود فيها فإنها الفواكه، ولأبي حنيفة: إن كلاً منها وإن كان فاكهة لغة وعرفاً.. إلا أن فيه معنى زائداً على التفكه وهو التلذذ والتنعم، أعني: الغذائية وقوام البدن في العنب والرطب، والتداوي في الرمان، فهذه الزيادة يخصّها من مطلق اسم الفاكهة، فلا ينصرف إليها بدون النية [٥٨١/أ].

(ولا تقع على القثاء والخيار اتفاقاً)؛ لعدم معنى التفكه فيها؛ لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً.

وذكر في «المحيط»: لو حلف: لا يأكل فاكهة، ولا نية له.. أجمعوا: أنه لو أكل تيناً أو مشمشاً أو خوخاً أو سفرجلاً أو إجاصاً أو كمثّرى أو تفّاحاً.. يحنث.

وأجمعوا أيضاً: أنه لو أكل خياراً أو قثاء أو جزراً.. لا يحنث.

ولو أكل عنباً أو رمّاناً أو رطباً.. لا يحنث عنده خلافاً لهما.

قال محمد في «الأصل»: التوت والبطيخ فاكهة، واختاره القدوري والحاكم الشهيد.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: إن البطيخ ليس من الفواكهه.

وقال أبو حنيفة: ليس الباقلاء والسمسم من الثمار.

وفي «المحيط»: إن اليابس من أثمار الشجر فاكهة إلّا البطّيخ؛ فإنه لا يعتاد يابسه فاكهة، فلا يكون رطبه فاكهة، وإنما اختار المصنف كونها فاكهة لوجود معنى التفكه فيه على ما عرفت، وعليه جرى العرف.

والإدامُ: على مَا يُصطَبَغُ بِهِ؛ كالخلّ وَالزَّيْتِ وَاللَّبنِ، وَكَذَا الْمِلحِ، لَا اللَّحْمِ وَالْبيضِ والجُبنِ إِلّا بِالنِيَّةِ. وَعندَ مُحَمَّد: هِيَ إدامٌ أَيْضاً.

ولو حلف: لا يأكل هذا الجدحة فأكلها بعدما صارت بطيخاً.. لا يحنث؛ كما لا يأكل هذا العنب فأكله بعدما صار زبيباً.

ولو حلف: لا يأكل عنباً، فلاكه ورمى قشره وابتلع ماءه وحبه.. حنث، ولو ابتلع ماءه فحسب ورمى قشره وحبّه.. لم يحنث؛ لأنه شرب.

ولو حلف لا يأكل جوزاً، فأكل منه رطباً أو يابساً.. يحنث.

وكذا اللوز والفستق والتين ونحوه.

ولو حلف: لا يأكل هذه الرمانة، فأكل كلها إلّا حبة منها.. بز في يمينه، إلا أن ينوي الكل. ذكره في «الأصل».

ولو حلف: لا يأكل من ثمار العام؛ فإن كان في أيّام الفاكهة الرطبة.. فعلى الرطب؛ فإن أكل اليابس.. لم يحنث، وإن كان في غير وقتها.. فعلى اليابس استحساناً للعرف على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

(والإدام: على ما يصطبغ به) على بناء المفعول، افتعل من الصبغ بالغين المعجمة، وفي «المصباح»: والصبغ ما يصبغ به الخبز في الأكل، ويختص بكلّ إدام مائع كالخل ونحوه. انتهى.

(كالخل والزيت واللبن، وكذا الملح)، وكذا الثريد (لا اللحم والبيض والجبن إلّا بالنية، وعند محمد) وأبو يوسف معه في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية أخرى: (هي) أي هذه الثلاثة (إدام أيضاً).

ولمحمد: ما رواه ابن ماجه وابن أبي الدنيا من حديث أبي الدرداء مرفوعاً «سيدة إدام أهل الدنيا والآخرة اللّحم»؛ لأن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له، فيكون إداماً كاللحم والجبن ونحوهما.

ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً في العرف، والتبعية على نوعين:

وَالْعِنَبُ والبطيخُ ليسَا بِإدامٍ فِي الصَّحِيحِ.

والغداءُ: الْأكلُ فِيمَا بَينَ طُلُوعِ الْفجْرِ والزَّوالِ.

وَالْعَشَاءُ: فِيمَا بَينَ الزَّوَالِ وَنصفِ اللَّيْلِ.

والسُّحورُ: فِيمَا بَين نصفِ اللَّيْلِ وطلوعِ الْفجْرِ.

وَفِي: إِن أكلتُ أَو شربتُ أَو لبستُ أَو كلَّمتُ أَو تزوَّجتُ أَو خرجتُ وَنوى معيَّناً.. لَا يُصدَّقُ.

حقيقية: وذلك في الاختلاط ليكون قائماً به.

وحكمية: وهي أن لا تؤكل على الانفراد.

وهذه الثلاثة تؤكل منفرداً، فلا تكون تبعاً أصلاً، بخلاف نحو الزيت والخل؛ فإنه لا يؤكل منفرداً، بل يشرب؛ فإن نوى ذلك.. يكون إداماً بالنية للاحتمال، وفيه تشديد على نفسه، وحديث أبي الدّرداء سنده ضعيف، فيه سلمان بن عطاء عن سلمة الخدري [٥٨١/ب]، وقد قال ابن حبّان في سلمان: إنه يروي عن سلمة أشياء موضوعة، وما أدري التخليط منه أو من سلمة.

(**والعنب والبطّيخ ليسا بإدام في الصحيح**) على ما في «الهداية»، وأجمعوا عليه على ما في «الخلاصة».

وكذا التمر ليس بإدام.

(**والغداء: الأكل فيما بين طلوع الفجر والزوال، والعشاء**): الأكل (**بين الزوال ونصف الليل، والسحور**): الأكل (**فيما بين نصف الليل وطلوع الفجر**)؛ لأنه مأخوذ من السّحر، وهذه الأسماء اسم لما يؤكل في ذلك الوقت، ثم سمّي بها الأكل في ذلك الوقت مجازاً، فيحنث بالفعل الواقع فيها لا غير.

(**وفي: إن أكلت أو شربت أو لبست أو كلمت أو تزوجت أو خرجت ونوى معيناً**) بأن قال: نويت الخبز أو اللحم مثلاً (**.. لا يصدّق**) أصلاً، لا قضاء ولا ديانة،

بل يحنث بأكل وشرب ولبس وكلام: وعند الشافعي - وفي رواية عن أبي يوسف واختاره الخصاف -: تصحّ نيّته ديانة بناء على جواز عموم المقتضى عندهم.

قلنا: إن النية إنما تصح في الملفوظ؛ لأنها لتعيين بعض محتملات اللفظ، والخبز ونحوه غير ملفوظ.

فإن قيل: وإن لم يكن ملفوظاً، لكنه ثابت اقتضاء.

قلنا: نعم، إلا أن المقتضي لا عموم له، فلغت نية التخصيص.

فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا قال: إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر.. فإنه يصدّق ديانة، مع أن السفر غير مذكور لفظاً، وبينه وبين ما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى المساكنة في بيت واحد؛ فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظاً، حتى لو ساكن معه في الدّار لا يحنث.

أجيب عنه: بأنا لا نسلم أنه يصدّق ديانة في الأوّل، ولو سلّم.. فقوله: «إن خرجت» و«لا يساكن» فعلان يدلاّن على المصدر لغة، وقد وقع الثاني في صريح النّفي، والأوّل في معنى النّفي؛ لأنه في معنى «لا أخراج» فتناول بعمومها عدة من الخروج والسفر والمساكنة، فجاز تخصيصها، إلّا أنّه خلاف الظاهر.. فلا يدّين في القضاء. كذا في «العناية».

أقول: فيه بحث؛ لأن كلاً من الأفعال المذكورة تدل على مصادرها اللّغوية أيضاً، وقد وقعن في معنى النّفي، فيتناولن بعمومهنّ عدّة من الأكل والشرب واللبس، فلم لم يجوَّز تخصيصهنّ؟!

وأيضاً: أنّ المصدر الثابت لغة - أي في ضمن العقل - هو المصدر الدال على نفس الحقيقة والماهية المجردة دون الإفراد، فلا يكون عاماً؛ إذ لا عموم في الماهية، فلا يقبل التخصيص، بخلاف المصدر في نحو «إن أكلت أكلاً أو لا آكل أكلاً»؛ فإنه نكرة في سياق النفي فتعم بالاتفاق.

وَلَو زَادَ: «طَعَاماً أَو شراباً» وَنَحْوُهُ.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً.

فالحق في الجواب عندي عن الثاني: أنا لا نسلم أنه تخصيص، بل إرادة لأحد مفهوم المشترك اللفظي والمعنوي، بقرينة كونه كاملاً يفهم من الإطلاق؛ لأن المساكنة مفاعلة من السكنى، وذلك على نوعين: كامل في البيت، وناقص في الدار؛ فصح النية بالكامل.

وفي الجواب عن الأول:

إما القصر على المنع [٥٨٢/أ] المذكور على ما ذهب إليه القاضي أبو هشيم وأبو طاهر الدباس وأبو حازم القمي.

وإما أن يمنع كونه تخصيصاً أيضاً، ويدّعي أن الخروج على نوعين أيضاً: كامل وهو الخروج إلى السّفر، وناقص وهو الخروج إلى الأسواق.. فصحّ النية بالكامل.

فإن قيل: إذا لم يكن نحو «إن أكلت أو لا آكل» ونحوه ممّا ذكر عاماً.. ينبغي أن لا يحنث بكلّ أكل، مع أنه يحنث.

قلنا: إنما يحنث لوجود ماهية الأكل في كلّ فرد من أفراد الأكل، لا لعموم اللفظ أو المقتضي.

(**ولو زاد: طعاماً أو شراباً ونحوه.. صدّق ديانةً لا قضاءً**)؛ لأنه نكرة في محلّ الشرط فتعم؛ لأنه في معنى النفي، فعملت نية التخصيص فيه، إلا أنّه خلاف الظاهر.. فلا يدين في القضاء.

قال في «الكشف» و«السراج الهندي»: إذا قال: لا أشرب ماء أو الماء، أو لا آكل طعاماً أو الطعام.. يقع على الأدنى؛ لأنه اسم فرد فيقع على الأدنى المتيقن؛ لأنه الموجب في أسماء الأجناس مصدراً أو غيره، ويحتمل الكل؛ لأنه واحد اعتباري حتى يقع على قطرة ماء وذرة طعام عند الإطلاق.

ولو نوى جميع المياه والطعام.. يصدق، حتى لا يحنث أصلاً؛ لأنه نوى محتمل كلامه؛ لكونه فرداً اعتبارياً فيتعين بالنية.

وَفِي لَا يشربُ مِن دجلةً.. لَا يَحْنَثُ بشربِهِ مِنْهَا بِإِنَاءٍ مَا لم يَكْرَعْ، خلافاً لَهما.

ثم اختلفوا فيما إذا نوى الكل: أنه يصدّق قضاء أو ديانة:

فقال شمس الأئمة: قالوا: إطلاق الجواب دليل على أنه يصدق قضاء وديانة إن كان اليمين بطلاق ونحوه بأن قال: إن شربت ماء فإمرأتي طالق؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

وقال أبو القاسم الصغار: إنه لا يصدق قضاء، وإليه يشير كلام فخر الإسلام؛ لأنه خلاف الظاهر، إذ الإنسان إنما يمنع نفسه باليمين عما يقدر عليه، وشرب كلّ الماء، وأكل كل الطّعام، وتزوج كل النساء، وشراء جميع عبيد الدنيا، والتكلم ببني آدم.. ليس في وسعه، وفيه تخفيف عليه أيضاً، فلا يصدق قضاء؛ ولأنه نوى حقيقة لا تثبت إلا بالنية؛ فصار كأنه نوى مجازاً.

فإن قيل: ينبغي أن لا ينعقد بهذه الأيمان عند إرادة الكل؛ لكونه غير متصوّر؛ كما في قوله: «لأشربن الماء الذي في الكوز»، ولا ماء فيه على ما سيأتي.

قلنا: إن شرط البر في مسألة الكوز غير متصوّر على ما سيظهر لك، وأما في هذه المسائل.. فمتصور؛ لأن عدم شرب جميع المياه وعدم أكل كل الطّعام وعدم التزوج بجميع النساء متصور، وأما لو نوى الأقدار المتخللة بين القليل والكل كنية القطرتين أو ثلاث قطرات مثلاً.. فلا تعمل هذه النية؛ لأنه عدد محض.. فلا يحتمله اللفظ، ولا تعمل النية.

(وفي: لا يشرب من دجلة.. لا يحنث بشربه منها بإناء ما لم يكرع) بأن يضع فاه عليها ويشرب، يقال: كرع الرجل في الماء: إذا مدّ عنقه نحوه ليشرب منه، هذا عند أبي حنيفة، (خلافاً لهما) قالا: يحنث إذا شرب بإناء أيضاً [٥٨٢/ب]، ومبنى الخلاف: على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده، وعندهما: بالعكس.

فإن قيل: هل المجاز متعارف ههنا؟

وَإِن قَالَ: «من مَاءِ دجلةَ».. حنثَ بِالْإِنَاءِ اتِّفَاقاً.

قلنا: نعم؛ إن المفهوم من قولهم: «أهل قرية يشربون من دجلة»: أنهم يشربون من مائها، وأما أن الحقيقة مستعملة.. فلأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية، ولهذا إذا كرع.. حنث بالإجماع، إلّا أنهما يقولان: حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار إرادة الحقيقة بذلك.. فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

فإن قيل: لا نسلم أن الحنث عند الإمام في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة، بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله: «لا يضع قدمه في دار فلان».. يحنث بالدخول كيفما كان، وحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالإناء أو غيره أيضاً كما هو عند الإمامين.

قلنا: إن المصير إلى عموم المجاز عند تعذر الحقيقة أو هجرانها، وقد دلّ الدّليل على كونها مستعملة، فلا مصير إليه.

وأما على قول الإمامين: لا بد من القول بعموم المجاز في الحنث بالكرع؛ لأن الحقيقة متروكة عندهما عند كون المجاز متعارفاً، هذا إذا لم تكن له نية؛ أما إذا نوى بإناء.. فيحنث به إجماعاً.

(**وإن قال: من ماء دجلة.. حنث بالإناء اتفاقاً**)؛ لأنه بعد الاغتراف بقي منسوباً إليه وهو الشرط؛ فصار كما إذا شرب من نهر صغير يأخذ من دجلة.. فإنه لم يحنث فيه اتفاقاً.

أما عنده: فلأنّ يمينه على الكرع كما عرفت.

وأما عندهما: فلأنه مثل الدّجلة في إمساك الماء، فيقطع النسبة إليها، فيخرج من عموم المجاز.

ولو حلف: لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر، فشرب منه.. لم يحنث، ولو شرب من ماء وادٍ سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع.. حنث.

وَكَذَا فِي الْجُبِّ والبئرِ وَفِي الْإِنَاء بِعَيْنِه.

ولو حلف: لا يشرب من هذا الماء فانجمد فأكله.. لا يحنث؛ فإن ذاب فشرب.. حنث.

قال الفقيه أبو الليث: هذا بمنزلة ما إذا حلف لا يجلس على البساط، فجعله خرجاً فجلس عليه.. لا يحنث؛ فإن فتقه فصار بساطاً فجلس عليه.. حنث.

وفي فتاوى محمّد بن الوليد: لا يحنث إذا شربه لانقطاع النسبة الأولى، لانتسابه إلى الجمد.

ولو كان ذلك في الخل.. حنث؛ لأن النسبة لا تنقطع.

ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة.. فوسطه: ما لم يطلق عليه اسم الشط، وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه، والظاهر: أن هذا لا يتأتى في النيل؛ لأن الشط ينتفي قبل الربع أيضاً لسعته.

حلف لا يشرب في دار فلان شيئاً فأكل فيها شيئاً.. قال محمد: يحنث، وقال الصدر الشهيد: والمختار عندي: أنه لا يحنث، إلا إذا نوى جميع المأكولات.

والقاضي الإمام يوفق بين الجوابين فقال: إن كان اليمين بالفارسية.. فكما قال محمد بن سلمة [٥٨٣/أ]، وإن كانت بالعربيّة.. فكما قال الصّدر الشهيد.

حلف لا يشرب في هذه القرية، فشرب في كروم هذه القرية؛ إن كانت الكروم في العمران أو في كرم متصل بالعمران.. يحنث؛ لأن القرية اسم للعمران. كذا في «الخلاصة».

(وكذا في الجب والبئر، وفي الإناء بعينه)، الظاهر: أنه قيد لكلّ من الثلاثة لا للأخير فقط على ما يشعر به إعادة كلمة «في»، يعني: لو حلف لا يشرب من هذا الجب، أو من هذا البئر، أو من هذا الإناء، أو من هذه الجرّة، فأخذ الماء من الجب والبئر والإناء بإناء وشربه.. لا يحنث في قول أبي حنيفة ما لم يضع فاه على الجب

أو البئر أو الإناء أو الجرة، ويحنث عندهما بالشرب منها بأيّ وجه كان على ما مرّ في مسألة الدّجلة.

وفي «قاضي خان»: قيل: هذا الخلاف إن كان الجب أو البئر أو الإناء ملآنا، وإن لم يكن ملآنا فاغترف منه بيده أو أخذه بإناء فشرب.. حنث بالاتفاق؛ لأنه حينئذ يتعين المجاز؛ لعدم إمكان الحقيقة، ولو تكلف بالكرع عند عدم إمكان الكرع.. لا يحنث؛ لعدم جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز.

ولو قال: من ماء الجب، أو من ماء البئر، أو من ماء الإناء.. يحنث بشربه بالإناء اتفاقاً كما في ماء الدجلة، حتى لو تحوّل ماء هذا الجب أو البئر أو الإناء إلى جب آخر وشرب منه.. حنث أيضاً؛ لعدم انقطاع نسبته إلى الجب الأول بالتحول إلى آخر، بخلاف ما لو قال: لا يشرب من هذا الجب، فتحوّل ماء هذا الجب إلى جب آخر فشرب.. لا يحنث بالإجماع، لانقطاع النسبة إلى الأول. كذا في «الفتاوى».

ولو حلف: لا يشرب ماء زمزم، فشرب ماء زمزم بأي وجه كان.. يحنث، وإن صبّ ماء زمزم في ماء آخر.. يعتبر فيه الغالب.

ولو حلف: أن لا يشرب هذا الماء العذب، فصب في ماء مالح، فغلب المالح فشربه.. لا يحنث؛ وكذا لو حلف على المالح فصبه على العذب.

ولو حلف: لا يشرب لبن المعز، فأخذ لبن المعز وخلطه بلبن الضأن، ولبن الضأن غالب فشربه.. لا يحنث، ولو حلف على معز بعينها أن لا يشرب لبنها، فخلط لبنها بلبن الضأن ولبن الضأن غالب، ثم شربه.. كان حانثاً، بخلاف غير المعين.

ولو حلف: أن لا يشرب اللبن، فخلط لبن النعم بالماء؛ إن ظهر لون اللبن وطعمه.. كان حانثاً.

ولو حلف أن لا يشرب ماء فراتاً، فشرب ماء عذباً من دجلة أو نحوها.. كان حانثاً.

وَإِمْكَانُ الْبِرِّ شَرطُ صِحَّةِ الْحَلِفِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ،..........

ولو حلف: لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات.. فعلى ما تقدم في دجلة اتفاقاً واختلافاً.

وفي «البحر»: لو نوى بقوله: «لا أشرب من الفرات»: ماء الفرات.. قيل: تصح نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن الشرب لا يتحقق بدون الماء، فكان الماء مضمراً فيه.

وقيل: لا تصح نيته؛ لأنه نوى تعميم المقتضي؛ فإن الماء غير ملفوظ به، والمقتضي لا عموم له.

ثم قال نقلاً عن «المجتبى»: ولجنس هذه المسائل أصل حسن [٥٨٣/ب]، وهو: أنه متى عقد يمينه على شيء ليس له حقيقة مستعملة وله مجاز متعارف.. يحمل على المجاز إجماعاً؛ كما إذا حلف: لا يأكل من هذه النخلة.

وإن كان له حقيقة متعارفة.. يحمل على الحقيقية إجماعاً؛ كمن حلف: لا ياكل لحماً.

وإن كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف.. فعنده: يحمل على الحقيقة، وعندهما: يحمل عليهما، ولكن لا بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولكن بمجاز يعمّ أفرادهما وهو الأصحّ. انتهى.

فقد صح قولهما، ولكنه خلاف المنقول في «الأصول» عنهما؛ فإنهم يقولون: إن عندهما: المجاز المتعارف أولى من الحقيقة، لا أنه يحمل عليه (**وإمكان البر: شرط صحّة الحلف**) عند أبي حنيفة ومحمّد، (**خلافاً لأبي يوسف**).

واعلم: أن تصوّر البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت، ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجود البّر، وهو قول مالك، ورواية عن الشافعي.

وعند أبي يوسف: لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة، ولا لبقاء المقيدة، وهو رواية أخرى عن الشافعي.

فَمَن حَلَفَ ليشربنَّ مَاءَ هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ..................................

وجه قولهما: أن اليمين إنما تعقد للبر حملاً أو منعاً، أو لإظهار معنى الصّدق، فكان محلّها خبراً يمكن فيه البر؛ فإذا لم يمكن البر.. فات محلّها، ولا انعقاد إلا في محلّها؛ فإن لم ينعقد.. فلا حنث، فلا كفارة.

ووجه أبي يوسف: أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف؛ أعني: الكفارة، ويبنى على هذا الأصل مسائل كثيرة:

منها: ما ذكره المصنف فيما بعد.

ومنها: لو حلف ليقتلن زيداً اليوم، فمات زيد قبل مضّي اليوم.. لا يحنث عندهما، ويحنث عند أبي يوسف؛ لأنها تبقى، ويحنث في آخر جزئ من اليوم، وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت، والحالف جاهل بموته.. لا يحنث عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وإنما شرطنا جهله بموته عندهما؛ لأنه لو كان عالماً بموته.. انعقدت وحنث بالاتفاق؛ لأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه، بخلاف ما إذا لم يكن عالماً؛ لأنه عقدها على حياته القائمة في ظنه، والواقع انتفاؤها، فكان البر غير متصوّر كمسألة الكوز على ما سيأتي بيانها.

وكذا إذا حلف: ليأكلنّ هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل - أو ليقضينّ فلاناً دينه غداً، وفلان قد مات ولا علم له، أو مات أحدهما قبل مضي الغد، أو قضاه قبله، أو أبرأه فلان قبله - لم ينعقد عندهما، وانعقدت عند أبي يوسف.

وكذا إذا حلف: لا يعطيه حتى يأذن فلان، فمات فلان، ثم أعطاه.. لم يحنث عندهما، ويحنث عند أبي يوسف.

فلنأتِ إلى ما ذكره المصنف من فروع الأصل المذكور: (**فمن حلف ليشربنّ ماء هذا الكوز اليوم**) أو الشهر أو الجمعة.

واعلم أنّ في هذه المسألة أربع صور: صورتان في المقيدة بالوقت، وصورتان في المطلقة عن الوقت، والمصنف ذكر كلاً من هذه الصور.

وَلَا مَاءَ فِيهِ أَو كَانَ فَصُبَّ قبلَ مَضِيِّهِ.. لَا يَحْنَثُ، خلافاً لَهُ.

أما في المقيّدة: فأحدهما: ما ذكره بقوله: (**ولا ماء فيه**) [٥٨٤/أ] أي حين حلف، والثاني: ما ذكره بقوله: (**أو كان**) فيه ماء حين حلف (**فصبّ**) الماء (**قبل مضيّه**) أي مضيِّ الوقت المضروب من اليوم أو الشهر أو الجمعة.

(.. **لا يحنث**) عندهما؛ سواء كان الحلف بالله أو بالطلاق أو العتاق.

أما في الصّورة الأولى: فلعدم انعقاد اليمين ابتداء؛ لعدم إمكان البر.

وأما في الثّانية: فلبطلان اليمين عند الصب؛ لأن البر في المؤقت إنما يجب في آخر الوقت، وعند ذلك يستحيل البر، فبطلت اليمين.

فإن قيل: لا نسلم أن البر محال في الصورة الثانية، بل هو متصور الوجود؛ لأن إعادة الماء المصبوب في الكوز ممكن، فينبغي أن تبقى اليمين منعقدة كما في صورة الحلف ليقتلن زيداً وهو ميّت وقت الحلف وهو عالم بموته؛ فإنها منعقدة لإمكان إعادة حياته.

قلنا: إن اليمين فيما نحن فيه انعقدت ابتداء على الماء الثابت في الكوز، وبعد الإراقة: ما بقي ذلك الماء أصلاً، فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت، والمعادة بعد الإراقة: هي خلاف ما انعقدت عليها اليمين.

وأما في مسألة قتل الميّت: فاليمين قد انعقدت ابتداء على حياة معادة في الميت بعد ما حلف مع العلم بموته، فكأنه قال: لأقتلن هذا الميت إن أعاد الله تعالى الحياة فيه، ولا يمكن أن يقدّر فيما نحن فيه: لا يشربن الماء الذي في الكوز إن خلقه الله فيه؛ لأن الماء الذي في الكوز إشارة إلى موجود؛ لكونه مشاراً إليه، وتقدير الشرط المذكور: يقتضي عدمه.

(**خلافاً له**) حيث قال: يحنث في الصورتين في آخر الوقت؛ لما مرّ من أصله من أن إمكان البر ليس بشرط لصحّة الحلف عنده.

وَكَذَا: إِن لم يَقُلِ اليوم. ....

قال في «الخلاصة»: قال لامرأته: إن لم تصل الساعة ركعتين فأنت طالق، فقامت وكبرت فحاضت.. حنث في يمينه.

قال نجم الدين: هذا الجواب مستقيم على قول أبي يوسف كما في مسألة الكوز، والصحيح: أنّها تطلق عند الكل؛ لوجود شرط الحنث وهو عدم الصلاة، وهو كما لو قالت: لله علي أن أصوم غداً، وغداً يوم حيضها.. صحّ نذرها، ولو قالت: لله عليّ أن أصوم يوم حيضي.. لا يصح.

وكذا لو قال: إن لم تصومي غداً فأنت طالق، فصامت من الغد فحاضت.. حنث في يمينه. انتهى.

أقول: الصحيح ما قاله نجم الدين؛ لأن شرط الحنث عندهما ليس عدم الصّلاة مطلقاً، بل عدم الصّلاة عمّن من شأنه الصلاة، والحائض ليست من شأنها الصلاة، فبطلت اليمين بعد انعقادها.

ومسألة نذر صوم الغد مختلف فيه؛ فإنه لا تصح في رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر والشافعي على ما ذكرناه في فصل النذر، وعلى رواية صحته - وهو ظاهر الرواية -: فقياس مسألة اليمين على مسألة النذر غير مستقيم، ولو سلم أنّه مستقيم.. فمعنى صحة النذر: أنه يلزمه قضاء الصّوم [٥٨٤/ب] المنذور بعد الغد، لا لزوم صومه في الغد؛ لأن الحيض لا يمنع قضاء الصوم، فلا يبطل به النذر؛ لظهور أثره في القضاء، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه لمّا بطلت صلاتها بالحيض.. لا يلزمها قضاؤها؛ لأن الحيض كما يمنع لزوم أداء الصلاة.. كذلك يمنع لزوم قضائها، فلم يبق لليمين محلّ.. فبطلت.

(وكذا) أي لا يحنث عندهما، ويحنث عنده في الحال (**إن لم يقل اليوم**)، بل أطلق وقال: إن لم أشرب ماء هذا الكوز فكذا، ولا ماء فيه وقت الحلف، وأطلق عدم الحنث في الصور الثلاثة المذكورة، فشمل ما إذا علم الحالف أن فيه ماء، أو لم يعلم، أو علم عدم الماء. كذا في «العناية» و«فتح القدير».

إِلّا إِن كَانَ فَصُبَّ؛ فَإِنَّهُ يَحْنَثُ بالِاتِّفَاقِ.

وقيّده الإسبيجابي بعدم علمه بعدم الماء فيه؛ فإن علم.. يحنث بالاتفاق؛ لأنه إذا علم بعدمه.. وقعت يمينه على ما يخلقه الله تعالى فيه، وقد تحقق العدم.. فيحنث.

وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه قال: لا يحنث؛ علم أو لم يعلم، وهو قول زفر. كذا في «البحر».

ويؤيّد تقييد الإسبيجابي ما سيأتي في الكتاب في مسألة «ليقتلنّ زيداً عالماً بموته»، وإلا.. فلا. هذا إحدى الصّورتين من المطلقة.

وذكر الصورة الأخرى منها بقوله: (إلا إن كان) أي كان فيه ماء وقت حلف (فصبّ) ماؤه؛ (.. فإنه يحنث بالاتفاق) لوجود شرط الحنث بعد انعقاد اليمين، فأبو يوسف فرّق بين المطلق والمؤقت في الصورتين، أي في صورة عدم الماء في الكوز [و]في صورة وجوده ثم صبّ:

فقال في الصورة الأولى: إنه يحنث في المطلق في الحال، وفي المؤقت يتوقف حنثه إلى الجزء الأخير من اليوم.

وفي الصورة الثانية: إنه يحنث في المطلق وقت الإراقة بلا توقف، وفي المؤقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم.

ووجهه: أن التّوقيت للتوسعة، فلا يجب الفعل إلّا في آخر الوقت.. فلا يحنث قبله؛ لأن الفعل الغير الممتد إذا قيد بوقت ممتد.. يلزمه في آخر جزء منه؛ لكونه طرفاً له يتعين آخره إن لم يقارن بجزء منه قبله ليتقنه، وفي المطلق: يجب البر كما فرغ، وقد عجز.. فيحنث في الحال.

وهما فرّقا بين المطلق والمؤقت في الصورة الثانية فقط:

بأن في المطلق: يجب البر كما فرغ؛ فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين.. يحنث؛ كما إذا مات الحالف والماء باق.

أما في المؤقت: يجب البر في الجزء الأخير من الوقت المضروب، وعند ذلك لم يبق محلية البر؛ لعدم تصور إمكانه، فلا يجب البر فيه، وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة.

فإن قيل: وجوب البر في المطلقة في الحال؛ **إما أن يكون بمعنى تعينه مضيّقاً** بحيث يحنث في ثاني الحال، فلا شك أنه ليس كذلك على ما صرح به في «فتح القدير»، **وإما أن يكون بمعنى الوجوب الموسّع إلى الموت،** فيلزمه الحنث في آخر جزء من الحياة كما في المؤقتة، ولم يبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة [٥٨٥/أ].

قلنا: نختار الأوّل، وإنما لا يحنث في ثاني الحال؛ لكون العمر مع وجود المحلوف عليه ظرفاً للبر، كما أن الحج يجب عند الاستطاعة، ثم لو حج بعد سنين.. يكون أداء لا قضاء على ما مرّ ، بخلاف المؤقتة؛ فإن وجوب البر فيها لا يستقر إلّا آخر جزء من الوقت المذكور؛ فلو مات قبله أو فات المحلوف عليه.. لا يلزمه شيء؛ كالصّلاة تسقط عمّن مات قبل آخر الجزء.

واعلم أنّ في قوله: «فصب» إشارة إلى أنه لو منع كرهاً من شرب ماء هذا الكوز.. لا يحنث، وهذا لما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنّه لو قال: إن سكنت هذه الدّار فكذا، فوجد الباب مغلّقا بحيث لا يمكنه الفتح والخروج.. لا يحنث؛ لأن الإغلاق عذر، وليس عليه أن يثور الحائط.

وقال الفقيه: وبه نأخذ، حتّى لا يقع الطّلاق إن علّق بالسكنى فيه. وقيل: يحنث.

وأما لو منع بالقيد والحبس.. فلا يحنث بالإجماع لتحقق الإكراه حينئذ بلا شبهة، وأما كون الإغلاق إكراهاً.. ففيه شبهة؛ وكذا اختلف فيه في الحنث وعدمه.

ولو قال: إن لم أخرج منه اليوم فكذا، فقيد ومنع.. يحنث في الصحيح.

وَفِي: «لِيصعدنَّ السَّمَاءَ، أَو ليطيَرنَّ فِي الْهَوَاءِ، أَو ليقلِبَنَّ هَذَا الْحجرَ ذَهَباً، وليقتلنَّ زيداً عَالماً بِمَوْتِهِ.. انْعَقَدت وَحَنِثَ للْحَالِ.

وكذا لو كانت امرأته في بيت أبيها، وقال لها: إن لم تحضري الليلة فأنت طالق، فقيدت ومنعت.. يحنث ويقع الطّلاق في الصّحيح.

والفرق بينه وبين ما سبق: أن الشرع لا يجعل المعدوم موجوداً بالكره، ويجعل الموجود معدوماً بالكره؛ فصار مسكناً لا ساكناً.

وشرط الحنث - في قوله: «إن سكنت هذه الدار» - أمر وجودي وهو السكنى فجعل معدوماً بالإكراه، وصار بارّاً في يمينه.

وفي قوله: - «إن لم أخرج» - شرط الحنث أمر عدمي، فلا يجعل موجوداً.. فيحنث.

قال لها: إن سكنت الليلة في هذه الدار فكذا، فلم تقدر على الخروج ليلاً.. لا يحنث لكونها مكرهة حكماً، بخلاف الرجل.

ولو تحقق العذر في حقه أيضاً باللص.. فهو معذور أيضاً.

(**وفي: ليصعدنّ السّماء، أو ليطيرنّ في الهواء، أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً، أو ليقتلنّ زيداً**) حال كونه (**عالماً بموته**)؛ أي: بموت زيد حين حلف (.. **انعقدت**) يمينه بالاتفاق (**وحنث للحال**)، هذا إذا حلف مطلقاً عن الوقت على ما ذكره؛ أما إذا وقت فقال: ليصعدنّ السماء غداً.. لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت، حتى لو مات قبله.. لا كفارة عليه؛ إذ لا حنث على ما في «فتح القدير».

وإذا حلف على الترك بأن قال: إن تركت مسّ السماء أو طيران الهواء فعبدي حرّ.. لم تنعقد يمينه؛ لأن الترك لا يتصور في غير المقدور، كذا في «البحر»، وهذا عند علمائنا الثلاث.

وقال زفر: لا ينعقد؛ لأنه مستحيل عادة، فأشبه المستحيل حقيقة، فلا ينعقد.

ولنا: أن البر متصور حقيقة؛ لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة في حق

وَإِن لم يعلم بِمَوْتِهِ.. فَلَا، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَفِي: لَا يتَكَلَّم فَقَرَأَ الْقُرْآن أَو سبح أَو هلل.. لَا يَحْنَثُ، سَوَاءً فِي الصَّلَاةِ أَو خَارِجَهَا، هُوَ الْمُخْتَارُ.

البشر كما كان لنبينا ﷺ؛ وكذا الملائكة ، وكذلك تحول الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى بخلعه صفة الحجرية وإلباسه صفة [٥٨٥/ب] الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصّفات، أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء الذهبية، والتحويل في الأول أظهر، وهذا ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق على ما بيّن في محلّه.

وكذا يمكن قتل الميت بإحياء الله تعالى ثانياً؛ لأن يمينه انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه ثانياً؛ لأنه حلف حال كونه عالماً بموته؛ فإذا كان ممكناً.. تنعقد اليمين الموجبة للكفارة، ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة؛ كما إذا مات الحالف؛ فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه.. لا يتصور، فلم تنعقد على ما بيّناه.

(وإن لم يعلم بموته.. فلا) تنعقد اليمين؛ لأنه حلف على إعدام حياته الموجودة حين حلف، وهي معدومة في تلك الحالة، فصار كشرب الماء الذي في الكوز، ولا ماء فيه.

(خلافاً لأبي يوسف) قال: تنعقد؛ لما مرّ من أصله من أنّ اليمين تنعقد موجبة للبر على وجه يظهر أثره في الحلف.

(وفي: لا يتكلّم فقرأ القرآن أو سبّح أو هلّل أو كبر.. لا يحنث؛ سواءً في الصلاة أو خارجها، هو المختار)؛ لأنه لا يسمّى متكلمّاً عرفاً، بل قارئاً ومسبّحاً.

وقيل: يحنث في خارج الصلاة بالتسبيح والتهليل والتكبير.

وفي: لا يقرأ سورة من القرآن فنظر في المصحف حتى أتى آخرها.. لا يحنث بالاتفاق، وأبو يوسف سوّى بين هذا وبين ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان.

وَفِي: لَا يكلِّمُهُ فَكَلَّمَهُ

بِحَيْثُ يسمعُ وَهُوَ.. نَائِمٌ حَنِثَ إِن أَيقظَهُ.

وَقيل: مُطلقًا.

ومحمد: فرّق، يعني: لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر في كتابه وفهم ما فيه.. حنث في قول محمد؛ لحصول المقصود من القراءة، وهو علم ما في الكتاب، ولا يحنث على قول أبي يوسف؛ لعدم القراءة، وعليه الفتوى.

ولو قال: إن قرأت كل سورة من القرآن فعليّ أن أتصدّق بدرهم.. قال محمّد: هذا على جميع القرآن، ولا يحنث بالتسمية، إلا أن ينوي التسمية التي في سورة النمل.

ولو حلف: لا يقرأ سورة فترك حرفاً منها.. حنث، ولو ترك آية طويلة.. لا يحنث.

(وفي: لا يكلّمه فكلّمه بحيث يسمع وهو نائم.. حنث إن أيقظه) أي بكلامه، هكذا في رواية «المبسوط»، وعليه مشايخنا على ما في «الهداية»؛ لأنه إذا لم يتنبه.. كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته.. لا يحنث، فكذا هذا.

(وقيل: مطلقاً)؛ أي: عن التقييد بشرط الإيقاظ؛ لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه، لكنه لم يفهم لعارض النوم؛ فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع، لكنه لم يفهم لعارض كاشتغاله بأمر أو بصمم؛ فإنه يحنث فيه، فكذا هذا.

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: حلف: لا يكلم فلاناً فكلمه بعبارة لا تفهم.. يحنث، وكذا لو قال لامرأته: إن كلّمت فلاناً فأنت طالق، فكلمته بعبارة لا تفهم.. طلقت.

دلّ هذا على أن الإفهام ليس بشرط.

ثم ذكر أنه لو حلف: لا يكلّم فلاناً أبداً فكلّمه بعدما مات.. لا يحنث.

دلّ هذا على أن الإفهام شرط.

وَلَو كلَّمَ غَيرَهُ وَقصدَ إِسَمَاعَهُ.. لَا يَحْنَثُ.

وَلَو سلَّم على جمَاعَةٍ هُوَ فيهم.. حَنِثَ، ....

أقول وبالله التوفيق [٥٨٧/أ]: الفرق بينهما: أن كلامه في هاتين المسألتين وقع مع المحلوف عليه فيحنث وإن لم يفهم، وأما في هذه المسألة.. وقع كلامه مع غير المحلوف عليه؛ لأن يمينه انعقدت على الحي، والميت غير الحي، فلذلك لا يحنث، لا: لعدم الفهم والإفهام كما ظن.

حلف: لا يكلم أحداً، فجاء كافر يريد الإسلام فوصفه له وما كلمه.. لا يحنث، وليس له أن يمتنع عن وصف الإسلام بسبب الحلف؛ لأن التوصيف ليس بكلام.

حلف: لا يكلم امرأة فدخل الدار وما فيه غيرها، فقال: من فعل هذا وأين هذا؛ إن كان في الدار غيرها.. لا يحنث وإن لم يكن غيرها.. يحنث.

وإن قال: ليت شعري من فعل هذا.. يحنث وإن لم يكن في الدار غيرها.

قال: إن ابتدأتك بكلام فكذا، فالتقيا فسلم كلّ واحد منهما على صاحبه.. حنث الحالف؛ وكذا لو قال: إن كلمتك قبل أن تكلمني.

(**ولو كلم**) الحالف (**غيره**) أي غير ذلك الشخص الّذي حلف أنه لا يكلّمه (**وقصد إسماعه**) إلى ذلك الشخص (**.. لا يحنث**)؛ إذ لا يعدّ في العرف أنه كلم إليه.

لو قال لامرأته: إن شكوت عنّي إلى أخيك فأنت طالق، فجاء أخوها وعندها صبي لا يعقل، فقالت المرأة: يا صبي إنّ زوجي فعل بي كذا وكذا حتى يسمع أخوها.. لا تطلق؛ لأنها خاطبت الصبي دون الأخ.

وهذا ومسألة الحائط سواء، يعني: لو كلم حائطاً.. لا يحنث. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**ولو سلم على جماعة هو**) أي: المحلوف عليه (**فيهم.. حنث**) لوجود الكلام معه.

وَإِن نواهم دُونَهُ.. لَا يَحْنَثُ.

(وإن نـواهم دونه.. لا يحنـث) أي ديانةً، وأما في القضـاء: يحنـث على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

ولو قال: السلام عليكم إلا على أحد.. لم يحنث في القضاء أيضاً.

ولو سلّم من الصلاة؛ فإن كان إماماً.. قيل: إن كان المحلوف عليه عن يمينه.. لا يحنث، وإن كان عن يساره.. يحنث؛ لأن الأولى واقعة في الصلاة دون الثانية.

وقيل: لا يحنث مطلقاً؛ لأنهما في الصلاة من وجه.

وإن كان مأموماً.. فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان إماماً عندهما.

وعند أبي حنيفة: يحنث على كلّ حال. كذا في «البزازية».

وذكر في «الخلاصة»: أن الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجواب فيما إذا كان إماماً.

وعند محمد: يحنث على كل حال، ولو قرع المحلوف عليه باب الحالف فقال الحالف كي توا.. يحنث للخطاب، وكذا لو قال: لبيتك أو لبّي بدون الكاف.

وكذا لو قال عند عطاسه: يرحماك الله.. يحنث.

واعلم: أن الكلام لا يكون إلّا باللسان لا بالإشارة ولا بالكتابة، وأما الإخبار والإقرار والبشارة.. تكون بالكتابة أيضاً.

وأما الأيماء والإظهار والإفشاء والإعلام.. تكون بالإشارة أيضاً، وإن نوى في كل من الإخبار والإقرار والبشارة والإيماء والإظهار والإفشاء والإعلام كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة.. ديّن فيما بينه وبين الله تعالى. كذا في «فتح القدير» و«البزازية».

فلو حلف: لا يكلّمه [٥٨٦/ب].. يقتصر على المشافهة واللسان.

وكذا لو قال: لا يحدّثه.. يقتصر على المشافهة، ولو قال لا أبشره فكتب إليه.. حنث.

ولو قال: أيّ غلماني بشرني بكذا فهو حرّ، فبشره واحد ثم آخر.. عتق الأول؛ فإن بشروه معاً.. عتقوا، وإن أرسل أحدهم رسولاً؛ فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل.. عتق المرسل، وإن لم يضف.. لم يعتق، فدلّ ذلك أنّ البشارة تحصل بالرّسول.

ولو قال: أيّ غلماني أخبرني بكذا فهو حرّ، فأخبره واحد ثم آخر.. عتق الأول والثاني والكاتب والمرسل، إلا أن ينوي المشافهة.. فحينئذٍ يعمل بنيته؛ لأنه نوى الحقيقة، فدلّ هذا على الفرق بين البشارة والإخبار.

وأما الإعلام: ففي نسخ «الأصل»: التسوية بين الإخبار والإعلام.

الإعلام يحصل بالكتاب والرسالة كالإخبار؛ أما الإعلام: فلا يتحقق من الثاني؛ لأنه لا يتكرر كالبشارة.

ولو قال لآخر: إن أعلمتني بقدوم فلان فكذا، فأخبره كاذباً.. لم يحنث.

وكذا لو علم الحالف بقدومه.

ولو قال: إن أخبرتني بقدوم فلان.. فهو كالإعلام، حتى لو أخبره كاذباً.. لا يحنث.

ولو قال: إن أخبرتني أن فلاناً قدم فأخبره كاذباً.. فهو كقوله: «إن قلت» ويحنث.

ولو قال: إن كتبت إليّ بقدوم فلان أن فلاناً قدم.. فهو كالإخبار.

ولو قال: إن كتبت إليّ أنّ فلاناً قدم فعبدي حرّ، فكتب بقدومه ولم يكن قدم، فلم يصل الكتاب إليه حتى قدم، ثم وصل.. عتق.

ولو قال: إن كتبت إلي بقدومه فعبدي حر، فقدم والكاتب لا يعلم، فكتب بقدومه.. عتق؛ بلغ الكتاب أو لم يبلغ. كذا في «الخلاصة».

وَلَـو قَـالَ: إِلّا بِإِذْنِـهِ، فَـأَذِنَ لَـهُ وَلَـم يعلَـمْ فَكَلَّمـهُ.. حَنِـثَ، خلافـاً لأَبِـي يُوسُفَ.

وفيها أيضاً عن «الزيادات»: حلف ليكتمن سره، أو لا يظهره، أو لا يفشيه، أو ليخفيه؛ فإن أخبر به برسالة أو كتاب وقيل له: أكان هذا الشيء بعينه؟ فأشار برأسه، أي: نعم.. حنث لوجود الإظهار.

وكذا لو حلف لا يعلم أحداً بمكان فلان فأشار برأسه أي: نعم.. حنث.

وإن عنى به في هذه الوجوه الإخبار بالكلام والرسالة.. ذكر الحاكم أبو نصر: أنه يصدق قضاء، وعامة المشايخ على أنه لا يصدّق قضاء، ويصدق ديانة.

(ولو قال: لا) يكلمه (إلا بإذنه، فأذن له ولم يعلم) إذنه (فكلمه.. حنث)؛ لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن، وكل ذلك لا يتحقق بدون السماع، فلم يوجد الإذن له.

(خلافاً لأبي يوسف) قال: لا يحنث؛ لأن الإذن هو الإطلاق، وإنه يتم بالإذن؛ كالرضاء يتم بالرضى بلا حاجة إلى العلم.

قلنا: الرضاء من أعمال القلب، ولا كذلك الإذن.

فإن قيل: إنه لو كان كذلك.. لما صار العبد مأذوناً إذا إذن له مولاه وهو لا يعلم، مع أنه يصير مأذوناً بلا حاجة إلى العلم.

أجيب: بأن الإذن هو قلب الحَجْر في حق العبد، والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكيته، فيثبت بمجرد الإذن بدون السماع، وأما في اليمين: فلما حرم كلامه باليمين [٥٨٧/أ] إلا عند الإذن.. صار الآذن مثبتاً لإباحة الكلام للحالف، فلا بدّ من الإعلام كذلك.

ولا يخفى عليك أن تخصيص اقتضاء الإذن السّماع بما عدا فكّ الحَجْر على طريقة تخصيص العلة، والمخلص معروف في «الأصول».

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: لو أذن لها بالعربيّة وهي لا تعلم.. لا يعتبر.

ولو قال: لا تخرجي إلا برضائي أو بغير رضائي، وأذن لها وهي لا تسمع أو سمعت ولم تفهم فخرجت.. لا يحنث؛ لعدم لزوم العلم في الرضاء.

بخلاف: «إلّا بإذني» أو «بغير إذني» حيث يحنث؛ لأن الرضاء يتحقق بلا علمها، والإذن لا يتحقق.

وفي «التجريد»: لو أذن لها وهي نائمة.. فهو إذن.

وفي «النوازل»: ليس بإذن؛ كالإذن بالعربيّة.

والتوفيق بينهما: أن رواية «التجريد» على قول أبي يوسف، ورواية «النوازل» على قولهما.

لو قال لامرأته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، فغضبت المرأة وتهيأت للخروج، فقال الزوج: دعوها تخرج ولا نية له.. لم يكن إذناً، ولو نوى الإذن.. يثبت بالدلالة، ولو قال لها في غضبه: اخرجي ولا نية له.. كان على الإذن، إلا إذا نوى اخرجي حتى تطلقي.

ولو قال لها: أنت طالق إن خرجت إلّا بإذني أو برضائي أو بعلمي.. فهذا على كلّ مرّة.

فإن قال: عنيت به مرة واحدة.. دين في القضاء عندهما.

وفي رواية عن أبي يوسف: ولو قال لها: أذنت لك أبداً أو الدهر أو كلّما شئت.. فهو إذن لها في كلّ مرة؛ وكذا لو قال لها: أذنت لك عشرة أيام.. فلها أن تخرج في العشرة ما شاءت.

ولو قال لها: إن فعلت كذا فقد أذنت لك.. لا يكون إذناً، ولو أذن لها مرة، ثم نهاها بعد الإذن.. يعمل بنهيه.

ولو قال لها: أذنت لك كلّما خرجت ثم نهاها.. صح النهي أيضاً عند محمد، خلافاً لأبي يوسف.

وفي لَا يكلِّمُهُ شهراً.. فَهُوَ مِن حِينِ حَلَفَ.

وفي «المنتقى»: لو أذن لها، ثم قال لها بعد ذلك: لا آذن لك فخرجت.. يحنث مطلقاً؛ عملاً لمنعه.

وقال أبو يوسف: لا يحنث في الخرجة الأولى؛ فإن خرجت بعد ذلك بغير إذنه.. يحنث، ومنعه إنما يعمل فيما بعد الخرجة الأولى.

وفي «المحيط»: لو قال: إلّا بأمري.. فالأمر أن يسمعها بنفسه أو برسوله.

(**وفي: لا يكلّمه شهراً.. فهو**)؛ أي: ابتداء الشهر (**من حين حلف**) لأنه لو لم يذكر الشهر يتأبّد اليمين؛ لأن ما يلي اليمين صالح لمحلية البر أيَّ جزء كان من أجزاء اللّيل والنهار، فيعم في سياق النفي فَذِكْرُ الشهر لإخراج ما رواه، فبقي الذي يلي يمينه داخلاً، فكان ابتداء الشهر من حين حلف؛ عملاً بدلالة الحال، وهو الغيظ الّذي لحقه في الحال.

ونظيره: إذا آجره شهراً؛ لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهراً، فكان ابتداؤه من وقت العقد، ولأنه لو لم يعتبر من الحال.. فسد العقد؛ لجهالة المدة بجهالة ابتدائها.

وكذا حال الديون.

وأما الأجل في قوله: «كفلت لك بنفسه إلى شهر».. ففيه خلاف.

فقال أبو يوسف [٥٨٧/ب]: إنه لبيان انتهاء المطالبة، حتى لا يطالب بإحضاره بعد الشهر.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إنه لبيان ابتداء المطالبة، فلا يطالب بإحضاره قبل الشهر.

وفي «فتح القدير»: وهو الأحسن؛ لأن الأجل في مثله للترفيه.

فإن قيل: لو قال: والله لأصومنّ شهراً.. لم يتعين الشهر لما يلي يمينه.

وَيَوْمَ أكلِّمُهُ: لمُطلقِ الْوَقْتِ. وَتَصِحُّ نِيَّةُ النَّهَارِ فَقَط.
وَلَيْلَةَ أُكَلِّمُهُ: على اللَّيْلِ فَحسب.

أجيب: بأنه لو لم يذكر الشهر.. لم يتأبد اليمين؛ إما لكونه نكرة في الإثبات، أو لعدم صلاحيّة الصّبوم للتأبيد، فكان ذكر الشهر لمحض تقدير الصوم، وإنه نكرة.. فلا بدّ من تعينيه، فيعينه الحالف؛ لأنه هو المنكر.. فإليه تعيينه.

بخلاف: لا يكلّمه شهراً؛ لأنه لو لم يذكر الشهر يتأبد اليمين، فيتعين ابتداؤه من حين حلف كما ترى.

(**ويوم أكلمه: لمطلق الوقت**)؛ لما في «الأصول»: أن اليوم إذا قرن بفعل غير ممتد: يراد به مطلق الوقت، وإن قرن بالممتد كالصوم: يراد به بياض النهار، والكلام غير ممتدّ.. فيراد به مطلق الوقت.

(**وتصحّ نيّة النهار فقط**)؛ أي في القضاء فقط؛ لأنه يستعمل فيه أيضاً.

وعن أبي يوسف: أنه لا يدين في القضاء كما لا يدين في الديانة؛ لأنه خلاف المتعارف.

وأيضاً: (**وليلة أكلمه: على الليل فحسب**) فلو كلمه نهاراً.. لا يحنث.

كما أن نهار أكلّمه: على البياض خاصة.

واعلم: أن ههنا ثلاث عبارات: ليلة أكلمه، ونهار أكلمه، ويوم أكلمه.

فالأول: على الليل خاصة.

والثاني: على النهار خاصة.

والثالث: يعتبر بما قرن به؛ إن قرن بفعل غير ممتد كالكلام.. يراد به مطلق الوقت، وإن قرن به ما يمتد كالصوم.. يراد به بياض النهار:

وقالوا في وجه كون الكلام غير ممتد: إنه عرض لا يقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال؛ كالضرب والجلوس والسفر والركوب والقتل ونحوها.

وَفِي: إن كَلّمتُهُ إِلَى أَن يقدمُ زيدٌ، أَو حَتَّى يقدمَ، أَو إِلى أَن يَأْذَنَ زيدٌ، أَو حَتَّى يَأْذَنَ، فَكَلَّمهُ قبلَ ذَلِكَ.. حَنِثَ.

ولا يخفى عليك: أن أمر المماثلة إنما يستقيم عند موافقة الكلام الثاني للأول صورة ومعنى، لكن الثاني يفيد معنى غير مفادٍ للأول، فليس مثلاً له.

فإن قيل: الكلام متنوع إلى خبر واستخبار، وأمر ونهي.. فلا يحمل على الكلام المطلق أنه ممتد، فيكون غير ممتد.

قلنا: كما لا يحمل عليه أنه ممتد.. كذلك لا يحمل عليه مطلقاً أنه غير ممتد؛ إذ كل نوع منه على هذا التقدير ممتد، فالأولى أن يقال: إن اسم الكلام ليس إلا ألفاظاً مفيدة معنىً كيفما كان فتحققت المماثلة من نوع الأوّل أولاً.

ولذا قال الشيخ عبد العزيز: الصحيح أن الطلاق مما يمتدّ؛ لأن الكلام مما يمتد، يقال: كلمته يوماً؛ كذا في «فتح القدير».

(**وفي: إن كلمته إلى أن يقدم زيداً أو حتى يقدم أو، إلى أن يأذن زيد، أو حتى يأذن، فكلمه قبل ذلك.. حنث**).

ولو كلمه بعد القدوم والإذن.. لا يحنث؛ لأنه غاية، واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين، هذا فيما إذا اقترن بما يدلّ على الغاية، وإلا.. فلا.

ولا بد أن يعلم ما يدل على الغاية وما لا يدل عليها، ففي «الخلاصة» [٥٨٨/أ]: لو قال لامرأته: «أنت طالق إن خرجت إلا بإذني أو برضائي أو بعلمي».. فهذا على كلّ مرة.

ثم ذكر أنه لو قال لها: «إن خرجت من الدّار بغير إذني فأنت طالق» فأذن لها مرّة فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه.. حنث.

ولو قال لها: «إن خرجت من الدار حتى آذن لك» فأذن لها مرّة.. ينتهي اليمين، فلو خرجت بعد ذلك بغير إذنه.. لم يحنث.

وَإِن مَاتَ زيدٌ.. سقطَ الْحَلِفُ.

وإن نوى بكلمة «حتّى» «إلا».. صحت نيته قضاء وديانة.

وإن نوى بقوله: «إلّا» «حتّى».. صحّت نيته ديانة لا قضاء.

ولو قال لها: «كلّما خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق».. يشترط الإذن في كلّ مرة.

ولو قال لها: «متى خرجت أو متى ما خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق» فخرجت مرة بإذنه، ثم مرّة أخرى بغير إذنه.. لا يحنث.

وقيل: في قوله: «متى ومتى ما».. يشترط الإذن في كل مرة، وفي كلمة «حتّى وإلا» إن أذن مرة يكفي.

ولا بدّ أن يفرّق بين «إلّا بإذني» وبين «إلا أن يأذن»؛ على ما مرّ في أواخر باب اليمين في الدخول والخروج.

(وإن مات زيد.. سقط الحلف).

خلافاً لأبي يوسف، له: أن تصوّر البّر ليس بشرط عنده، فعند سقوط الغاية: يتأبّد اليمين، فأيّ وقت كلّمه فيه.. يحنث.

ولهما: أن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم، ولم يبق بعد الموت متصوَّر الوجود.. فسقطت اليمين لانتفاء تصوّر البرّ.

فإن قيل: إعادة الحياة ممكنة، فيجب أن لا يبطل اليمين، كما في: ليقتلن زيداً، وهو عالم بموته؛ على ما مر.

قلنا: إن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن في حياته القائمة، لا المعادة بعد موته، وهي غير المعادة لا محالة.

وفي «البزازية»: الديان أو المولى أو السّلطان أو الزوجة حَلَّفوا المديون أو العبد أو واحداً من الرعية أو الزوج: على أن لا يخرج من البلدة إلا بإذنه فمات المديون أو قضي الدين أو مات المولى أو أعتق العبد أو خرج عن ملكه أو عزل

الوالي أو زالت الزوجة عن ملكه.. سقطت اليمين، ولا تعود بعد عود الولاية للمولى أو السّلطان أو تزوّجت المرأة؛ كذا في «الخلاصة».

ثم قال: وعلى هذا العامل لو حَلَّف رجلاً ليرفعنّ إليه كل داعر يعرفه في محلّته، فلم يعلمه حتى عزله السلّطان.. سقطت اليمين، ولو بعد أبد، ولو أن الحالف علم ببعض ذلك فأخّر رفعه حتى عزل.. حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك، إلا أن يعني أن يرفع إليه على كل حال.

وقد ذكروا عن السّلف أن اليمين على نية الحالف إن كان مظلوماً، وعلى نية المستحلف إن كان الحالف ظالماً.

ثم قال فيها: ولو حلف لا يخرج امرأته من هذه الدار، ولا عبده، فبانت المرأة وخرج العبد عن ملكه، ثم خرجا من الدّار.. حنث، ولا يدين في القضاء إذا نوى التقييد بحال قيام الزوجية والملك. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا مناقض لما ذكرناه من «البزازية» و«الخلاصة» من أن اليمين سقطت بخروج العبد عن ملك المولى [٥٨٨/ب]، وبزوال الزوجيّة، اللهمّ إلا أن يحمل هذه المسألة على قول أبي يوسف؛ من أنها لا تسقط عنده؛ لعدم اشتراط تصوّر البرّ.

ثم قوله: لا يدين في القضاء إذا نوى التقييد بحال: بناء على ظاهر الرّواية، وعليه الفتوى؛على ما في «البزازية».

وذكر الخصّاف: أنه يصدّق.

وهذا الخلاف بناء على جواز تخصيص العام بالنية، وعدم جوازه، فالخصّاف جوّزه، وفي ظاهر الرّواية: لا.

وعلى هذا قالوا: في: كلّ امرأة يتزوّجها فكذا ونوى امرأة من بلد كذا.. يصدق عند الخصّاف، ولا يصدّق في ظاهر الرّواية.

وَفِي: لَا يَأْكُلُ طَعَامَ فلَانٍ، أَو لَا يدْخلُ دَارَهُ، أَو لَا يلبسُ ثوْبه، أَو لَا يركبُ دَابَّتَهُ، أَو لَا يكلِّمُ عَبدَهُ؛ إِن عيَّنَ وزالَ مِلكُهُ ....

وعلى هذا: لو أخذ منه درهماً حَلَّفه على أنه ما أخذ منه شيئاً ونوى الدّنانير.. فالخصّاف جوّزه، وفي ظاهر الرّواية: لا.

وفي «البزازية»: إذا أخذ بقول الخصّاف فيما إذا وقع في يد الظلمة.. لا بأس به هذا في القضاء، وفي الدّيانة: يصدّق في الأحوال كلّها بلا خلاف بين الخصاف وغيره.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: رجل قال لامرأته: «إن دخلت دار فلان فأنت طالق» فمات فلان فصارت الدار ميراثاً فدخلت؛ إن لم يكن على الميت دين مستغرق.. لا يحنث، وإن كان.. فقال الفقيه أبو الليث: لا يحنث أيضاً، وعليه الفتوى؛ لأن التركة إن لم يملكها الورثة لقيام الدين: لا تبقى على ملك الميت حقيقة. انتهى.

(**وفي: لا يأكل طعام فلان، أو لا يدخل داره، أو لا يلبس ثوبه، أو لا يركب دابته، أو لا يكلم عبده؛ إن عيّن**) كلاً من الطعام والدار والثوب والدابة والعبد بالإشارة إليها؛ بأن يقول: «طعام فلان هذا، أو داره هذه، أو ثوبه هذا، أو دابته هذه، أو عبده هذا، (**وزال**) كل من هذه الأشياء عن (**ملكه**) بالبيع والهبة؛ سواء زال إلى الحالف أو إلى غيره.

ولو آجر تلك الدار: فيه روايتان؛ ففي «قاضي خان»: حلف أن لا يدخل دار فلان فآجر فلان داره فدخلها الحالف، هل يكون حانثاً؟ فيه روايتان: قالوا ما ذكر أنه لا يحنث: قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن عندهما كما تبطل الإضافة بالبيع.. تبطل بالإجارة والتسليم وملك اليد للغير. انتهى.

ولا بد أن لا يسكن فلان في تلك الدار بعد الإخراج عن ملكه؛ في عدم حنث الحالف، حتى لو حلف لا أدخل دار فلان، وأَخرَج فلان داره عن ملكه؛ بالبيع أو الهبة أو الإجارة، لكن سكن فلان في تلك الدار بعد إخراجه عن ملكه ودخل

وَفَعلَ.. لَا يَحْنَثُ، خلافاً لمُحَمدٍ فِي العَبْدِ وَالدَّارِ.

الحالف فيها.. يحنث أيضاً؛ لأن الإضافة يراد بها نسبة السكنى مطلقاً، إلا أن ينوي.. فعلى ما نوى.

كما في «قاضي خان»؛ حيث قال: رجل حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل داراً وفلانٌ ساكنٌ فيها مع امرأته والدار للمرأة.. حنث.

(وفعل) الحالف بعد زواله عن ملكه ما منع منه [٥٨٩/أ] بالحلف؛ بأن يأكل الطّعام، ويدخل الدار، ويلبس الثوب، ويركب الدابة، ويكلم العبد (.. لا يحنث) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (خلافاً لمحمد في العبد والدار)، وكذا في الطعام والثوب والدابة.

وتخصيص الخلاف بالعبد والدار ليس على ما ينبغي.

له: أن الإضافة في الكل للتعريف، وما هو للتعريف: يلغو عند وجود ما هو أبلغ منه في التعريف، والإشارة أبلغ منها فيه؛ لكونها قاطعة للشركة بالكلية؛ فإذا لغت الإضافة فيها.. اعتبرت الإشارة، فينعقد اليمين على حصول ذات المشار إليه.

ولهما: أنا لا نسلم الإضافة للتعريف، بل لبيان أنّ الداعي إلى اليمين: معنى في المضاف إليه؛ لأن هذه الأعيان المملوكة - أي الطعام والدار والثوب والدابة والعبد - لا تهجر، ولا تعادى لذواتها، بل لمعنى في ملاّكها فيتقيّد اليمن بحال قيام الملكية فيها؛ لقيام المعنى الدّاعي إذ ذاك.

وقوله: الإضافة تلغو بالإشارة.. قلنا: ممنوع، وإنما تلغو بها إذا لم تفد فائدة أخرى غير التعريف، وههنا أفادت، وهي بيان هجران صاحبها لغيظٍ لحقه منه، فيعتبر منها لفائدته الإشارة للتعريف، والإضافة لبيان مناط الهجر.

هذا، واعلم: أن زفر والشافعي وأحمد ومالك: مع محمّد في هذه المسألة، وقد رجحه ابن العز في العبد والدار، بأن العبد، وإن كان ساقط المنزلة، لكنه قد يقصد بالهجران، والحالف لو أراد هجرانه لأجل سيده.. لم يحتج إلى الإشارة، فلمّا أشار

إليه بقوله: «هذا».. علم أن مراده قصده بالهجران، وكذلك الدار، ولكن العبد أظهر؛ لظهور صحة قصده بالهجران؛ كما في المرأة والصّديق؛ على ما سيأتي، هذا كلامه.

وما ذكر من أن لكلّ منها فائدة: قد يدفع؛ بأنّ الإضافة تستقل بالفائدتين؛ فإنها أيضاً تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تقيد الآخر.

وجوابه: أنّ الإشارة كما تفيد التعريف.. يحصل بها التخصيص أيضاً، وهذا لا يحصل بالإضافة وحدها؛ فإنه لو قال: «عبد فلان».. انعقدت على كل عبد له.

وفي قوله: «عبد فلان هذا».. لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان، وإن كانت الإضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبة لسيده، لكن الحنث في الأيمان: لا يثبت بالقياس، بل بفعل عين المحلوف عليه.

ثم هذا الخلاف إذا لم تكن له نية؛ أما إذا نوى، لا يدخلها ما دامت الدار لفلان، أو لا يدخلها، وإن زالت الإضافة إلى فلان.. فعلى ما نوى؛ لأنه شدّد على نفسه في الثاني، ونوى محتمل كلامه في الأول.

وروي عن أبي يوسف شذوذاً في «دار فلان هذه»: أنه يحنث بعد زوال الإضافة، قالوا: وليس بشيء.

قال في «الخلاصة»: رجل حلف لا يدخل دار امرأته، فباعت هي تلك الدار، واستأجرها الحالف من المشتري ودخلا: ينظر؛ إن كانت كراهية الدخول لأجل المرأة [٥٨٩/ب].. سقطت اليمين، وإن كانت الكراهية لأجل الدار.. يحنث.

ولو حلف لا يكلم امرأة فلان هذه، فكلّمها بعد زوال الزوجية.. يحنث.

ولو كانت اليمين بغير إشارة.. لا يحنث عندهما، خلافاً لمحمدّ.

وقال في «البحر»: لو حلف لا يأكل من ملك فلان أو ما ملكه فلان، فخرج شيء من ملكه إلى ملك غيره وأكله الحالف.. لا يحنث.

وَفِي المتجدِّدِ.. لَا يَحْنَثُ اتِّفَاقاً.

وَإِن لم يُعَيِّن.. لَا يَحْنَثُ بعدَ الزَّوَالِ، وَيحنثُ بالمتجدِّدِ.

ولو حلف لا يأكل من مال فلان، فغصب منه حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه وأكله.. حنث، وقيل: لا يحنث.

(وفي) الملك (المتجدد) بعد الحلف؛ بأن لم يكن له وقت الحلف طعام، ولا دار، ولا ثوب، ولا دابة، ولا عبد، ثم اشتراها فأكل الطعام، ودخل الدار، ولبس الثوب، وركب الدابة، وكلم العبد، أو كان وقت الحلف ثم أزاله ، ثم اشتراه قبل فعل المحلوف عليه (.. لا يحنث اتفاقاً)؛ لعدم وجود هذه الأعيان حين حلف، فلم ينعقد اليمن في حقّهن اعتباراً بالإشارة.

(وإن لم يعين) هذه الأعيان بالإشارة، بل يقول: «لا يأكل طعام فلان، ولا يدخل دار فلان، ولا يكلم عبد فلان، ولا يركب دابة فلان» (.. لا يحنث)؛ أي بالإتفاف (بعد الزوال) عن ملكه بالبيع ونحوه؛ سواء زال إلى الحالف أو غيره.

(ويحنث بالمتجدد) في ملكه بأحد المعنيين المذكورين آنفاً، فلو حلف: لا يأكل من بستانه، فأكل من ثمره المتجدد بعد الحلف، أو من تمره القائم عند الحلف؛ سواء كان القائم متصلاً بالبستان عند الحلف أو منقطعاً عنه محمولاً إلى بيته.. يحنث.

ثم الأصل ههنا: أن المعتبر في غير المعين: وجود الملك عند فعل المحلوف عليه لا عند الحلف، لا ذوات تلك الأعيان؛ لعدم الإشارة إليها.

وإنما الداعي إلى اليمين: هو المضي الموجود في ذات المضاف؛ فإذا أكل، أو دخل، أو لبس، أو ركب، أو كلم تلك الأعيان المضافة إلى فلان وقت وجود هذه الأفعال المحلوفة عليها إضافة ملك.. حنث؛ سواء كانت تلك الأعيان موجودة في ملكه وقت الحلف، أو تجددّت بعده قبل هذه الأفعال.

وأما لو تجدّدت بعد وجود هذه الأفعال.. لم يحنث؛ لعدم شرط الحنث.

وَفِي: لَا يكلِّمُ امْرَأَتَهُ أَو صديقَهُ.. يَحْنَثُ فِي الْعَينِ بعدَ الْإِبَانَةِ والمعاداةِ.

وعن أبي يوسف في رواية شاذة: أنه لا يحنث في المتجدد من الدار فقط؛ لأن الملك لا يتجدد في الدار عادة، بل هو أوّل ما يشترى، وآخر ما يباع، فعقدت اليمين المضافة إلى الدار: بالقائمة منها في ملكه وقت اليمين.

وعنه في رواية أخرى: تتقيد اليمين في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف.

والجواب: أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه، والعرف مشترك.. فلا يصلح مقيداً.

واعلم: أن المراد من إضافة الدار إلى فلان: هي نسبة السكنى إليه، وهي تعم: نسبة الملك، والإجارة، والعارية، حتى لو قال: لا أدخل دار فلان فدخل داراً سكنها فلان بالإجارة أو العارية.. يحنث إن لم ينو [٥٩٠/أ] حقيقة الملك.

وإن نوى حقيقة الملك.. يصدق؛ لأنه نوى ظاهر محتملات لفظه.

وفي أيمان «قاضي خان»: لو حلف أن لا يدخل دار فلان ولم ينو شيئاً، فدخل داراً يسكنها فلان بإجارة أو عارية.. يحنث في يمينه، وإن دخل داراً مملوكة لفلان وفلان لا يسكنها.. حنث أيضاً.

وكذا لو حلف لا يدخل بيتاً لفلان، فدخل بيتاً وفلان ساكن فيه بإعارة أو إجارة.. كان حانثاً.

ولو حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داراً بين فلان وغيره، لكن فلاناً ساكن فيه.. يحنث. انتهى.

وهذا كله فيما يضاف إلى فلان إضافة ملك.

ثم شرع في بيان ما يضاف إليه إضافة غير إضافة الملك، فقال: (وفي: لا يكلم امرأته) أي امرأة فلان، (أو صديقه.. يحنث في المعين) بالإشارة (بعد الإبانة) لامرأته (والمعاداة) لصديقه، وهذا بالإجماع؛ لأن الحر قد يقصد بالهجران لذاته..

وَفِي غَيره: لَا، إلّا فِي رِوَايَة عَن مُحَمَّدٍ.

وَيحنثُ بالمتجدِّدِ.

فكانت الإضافة لمحض التعريف، والدّاعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر؛ لعدم تعينه للهجران؛ لكون المضاف أيضاً صالحاً لذلك.

وإذا كانت الإضافة للتعريف المحض.. لم يشترط دوامها؛ للاستغناء عنها بعد التعريف، بخلاف ما تقدم من إضافة الملك؛ لأن المضاف إليه متعين للهجران هناك؛ على ما مر.

فإن قيل: يجوز أن يقصد الدابة والدار والعبد لذواتها للهجران لشؤمها على ما جاء في الحديث.

قلنا: ذلك احتمال لم يقترن به عرف، فلا يكون معتبراً.

(وفي غيره)؛ أي: غير المعين من المرأة والصّديق (.. لا) يحنث في رواية «الجامع الصغير»، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ على ما ذكره فخر الإسلام.

والأصل فيه: أنه يحتمل أن يكون غرضه هجران كل من المرأة والصديق لأجل المضاف إليه لا لذاتهما، ولهذا لم يعينه.. فلا يحنث، ويحتمل أن لا يكون كذلك، بل لذاتها.. فيحنث.

فلا يحنث بعد زوال الإضافة إليه بالشك (إلا في رواية عن محمد)، وهي رواية «الزيادات».

والأصل فيه: أن كلا من المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما قصداً، فتكون الإضافة للتعريف، وما كان للتعريف.. لا يشترط دوامه، فيتعلق الحكم بعين كلّ منهما.

(ويحنث بالمتجدد) من المرأة والصديق الغير المعينين بالإشارة على المعنيين المذكورين في المتجدد آنفاً؛ هذا عندهما، وعند محمد: لا يحنث؛ لما مر من أنّ الإضافة للتعريف، فتكون المعاداة لذاتها لا للمضاف إليه، والمتجدد غيرهما.

ولهما: أن معاداتهما ليس لذاتهما، بل يحتمل أن يكون للمضاف إليه، وهذا فيما إذا لم يكن له نية، وإلا.. فعلى ما نوى؛ لأنه نوى محتمل كلامه.

واعلم أن ههنا أصلاً يبتني عليه ما ذكره المصنف وغيره من الفروع، وهو أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان؛ كلا يأكل طعام فلان، أو لا يدخل داره، أو لا يركب دابته، أو لا يكلم عبده أو زوجته أو صديقه [٥٩٠/ب].. فلا شك أن هذه الإضافة في الكل: معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره؛ سواء كانت إضافة ملك؛ كعبده وداره ودابته وثوبه وطعامه، أو إضافة نسبة أخرى غير الملك؛ كزوجته وصديقه؛ فإذا كانت هذه الإضافة مطلقاً معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره.. فبعد ذلك:

إما أن يقترن به لفظ الإشارة؛ كقوله: «لا أكلم عبده هذا»، أو لا.

فعلى تقدير عدم الإشارة: الظاهر أن الداعي إلى اليمين كراهته في المضاف إليه، وإلا.. لعرفه باسمه العلم، ثم أعقبه بالإضافة إن عرض اشتراك؛ مثل: لا أكلم راشداً عبد فلان؛ ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد، فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه، ولا إشارة إليه.. كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه.

وإن احتمل أن يهجر بغضاً لذاته أيضاً كالزوجة والصديق.. فلا يصار إليه بالاحتمال، وحينئذ: فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل؛ بأن كان موجوداً وقت اليمين ودامت الإضافة إلى وقت الفعل، أو انقطعت ثم وجدت؛ بأن باع ثم استرد، أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبداً فكلمه.. حنث.

وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة.. حنث.

ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي صحت الإضافة بسببها؛ بأن باع فلان عبده وداره وثوبه وطلق زوجته وعادى صديقه فكلّم العبد والزوجة والصديق ودخل الدار ولبس الثوب.. لا يحنث.

وعلى تقدير أن تقترن به الإشارة.. لم يحنث في المملوك من العبد والدار والثوب والدابة.

وحنث في غيره من المرأة والصديق بعد زوال الإضافة، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يحنث في الكل؛ على ما مرّ بيانه.

هذا، وفي «الخلاصة»: رجل قال: «والله لا آكل من طعامك» والمحلوف عليه يبيع الطعام فاشتراه منه فأكل.. حنث، وكذا لو قال: «لا ألبس من ثيابك» والمحلوف عليه يبيع الثياب فاشتراه منه فلبس.. حنث. انتهى.

وهذا مخالف لما مرّ من الأصل المذكور، ولما ذكره المصنف: من أنه لا يحنث بعد زوال الإضافة على تقدير عدم الإشارة، فلا بد أن يقيد ما ذكر بعدم كون فلان بائع ذلك العين المحلوف على هجره، كذا في «البحر».

ولو حلف يأكل من كسب فلان، فأوصى له إنسان فأكل الحالف منه.. يحنث.

ولو ورث المحلوف عليه فأكل الحالف منه.. لم يحنث، والفرق: أن الكسب: ما حصل له بصنعه؛ كأخذ المباحات، أو قبوله في العقود وفي الوصية قبوله؛ بخلاف الميراث لأن الملك يثبت فيه بغير صنعه، فلا يضاف إلى كسبه.

ولو اشترى الحالف من المحلوف عليه مما اكتسبه المحلوف عليه وأكله.. لم يحنث؛ لأن شرط الحنث: أكل مكسوب فلان، وهذا أكل مكسوب نفسه.

ولو أكل الحالف مما ورثه [٥٩١/أ] من المحلوف عليه.. يحنث؛ لأنه كسب المحلوف عليه، حتى يحدثَ فيه كسب آخر.

بخلاف ما لو وهب المحلوف عليه للحالف شيئاً وقبضه الحالف وأكله.. فإنه لا يحنث؛ لأنه خرج عن كسب المحلوف عليه بقبض الحالف؛ لأنه صار كسب الحالف بالقبض، فصار أكلاً لمكسوب نفسه.

وَفِي: لَا يكلِّمُ صَاحبَ هَذَا الطيلسانِ، فَبَاعَهُ فَكَلَّمهُ.. حَنِثَ.

لَا أُكَلِّمهُ حيناً. أَو زَمَاناً. أَو الْحِينَ، أَو الزَّمَانَ وَلَا نِيَّة لَهُ.. فَهُوَ على سِتَّةِ أَشهرٍ، وَمَعَهَا مَا نوى.

وكذا لو أوصى المحلوف عليه للحالف فأكله الحالف.. لا يحنث؛ لخروجه عن كسب المحلوف عليه أيضاً.

والمهر كسب المرأة، وكذا أرش الجنايات.

وفي «البحر» عن «الذخيرة»: لو حلف لا يأكل من طعام فلان، فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره.. يحنث؛ لإطلاق الطعام على القليل والكثير.

بخلاف الدار والثوب، وبخلاف ما لو حلف لا يأكل طعام فلان فأكل من طعام مشترك بين الحالف وبين فلان.. لا يحنث؛ لأن ما أكل الحالف هو من حصته.

وقيل: إنه يحنث؛ على ما في «الخلاصة» عن «الفتاوى».

ولو حلف لا يأكل من خبز فلان، فأكل من خبز بينه وبين غيره.. يحنث.

بخلاف ما إذا حلف لا يأكل من رغيف فلان فأكل من رغيف بينه وبين آخر.. لا يحنث؛ لأن اسم الخبز يطلق على القليل والكثير، ولا كذلك اسم الرغيف.

(**وفي: لا يكلّم صاحب هذا الطيلسان فباعه**) صاحبه (**فكلّمه.. حنث**)؛ لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف؛ لأن الإنسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان، فصار كما إذا أشار إلى صاحبه بدون الإضافة إليه.

(**لا أكلمه حيناً، أو زماناً، أو الحين، أو الزمان، ولا نية.. فهو على ستة أشهر**)؛ لأن الحين قد يراد به أربعون سنة، وقد يراد به الزمان القليل، وقد يراد به ستة أشهر، وهو الوسط.. فينصرف إليه؛ لأن القليل لا يقصد بالمنع؛ لوجود الامتناع فيه عادة بلا يمين والمديد لا يقصد به غالباً؛ لأنه بمنزلة الأبد، فلو أراده.. لم يذكر الحين، بل يقول: أبداً، ولو سكت عنه.. تأبد اليمين، فحيث ذكر لا بد له من فائدة: فتعين الأوسط، وكذا الزمان: يستعمل استعمال الحين.

(**ومعها**) أي مع النية: (**ما نوى**)؛ لأنه حقيقة كلامه.

وَإِن قَالَ: الدَّهْرَ الْأَبَدَ.. فَهُوَ على الْعُمرِ.

وَلَو قَالَ: دهراً.. فقد توقَّفَ الإِمَامُ، وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كالزَّمانِ.

وَلَو قَالَ: أَيَّاماً، أَو شهوراً، أَو سِنِينَ.. فعلى ثَلَاثَةٍ.

وفي «فتح القدير»: لو قال: «أوّل يوم من آخر هذا الشهر»، فهو على السادس عشر منه، ولو قال: وآخر يوم من أوّل هذا الشهر.. يقع عل الخامس عشر منه.

(**وإن قال**) لا أكلّمه (**الدهر، أو الأبد.. فهو على العمر**)؛ أي بالاتفاق بينهم عند بعض أصحابنا، واختاره صاحب «الهداية».

وقال بعض أصحابنا: إن الدهر المعرف على ستة أشهر عندهم.

(**ولو قال: دهراً.. فقد توقف الإمام**) أبو حنيفة؛ حيث قال: لا أدري ما هو، وهو الصحيح، وقيل: لا فرق عنده أيضاً بين المعرف والمنكر في الحمل على العمر.

(**وعندهما: هو**) أي المنكر (**كالزمان**) في الحمل على ستة أشهر؛ لأنه يستعمل استعمال الحين والزمان، يقال: «ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين» بمعنىً [٥٩١/ب].

ولأبي حنيفة: أن اللّغات لا تدرك بالقياس، والعرف لم يعرف استمراره لاختلافٍ في الاستعمال.

(**ولو قال: أياماً، أو شهوراً، أو سنين.. فعلى ثلاثة**) أي بالاتفاق؛ على رواية «الجامع الكبير» وذكر في كتاب الأيمان: أنه على عشرة كما في المعرف، والأول: أصحّ؛ على ما في «شرح الطحاوي» للإسبيجابي؛ لأنها ذكرت منكرة، ولا دلالة لها على الجنس والعهد.. فيقع على أقل الجمع وهو ثلاثة.

فإن قيل: قد صرّح في «الجامع الكبير» أنّ دهوراً وأزمنة مثل أيام وسنين في الوقوع على ثلاثة بالاتفاق، فيلزمه أن أبا حنيفة يقول: إن دهوراً منكرة تقع على ثلاثة عنده، فيكون كل دهر ستة أشهر كما هو قولهما، والحكم في الجمع موقوف على معرفة الأفراد، فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد؟

وَإِن عَرْفَ.. فعلى عشرَةٍ؛ كأَيَّامٍ كَثِيرَةٍ.

وَقَالا: على جُمُعَةٍ فِي الْأَيَّامِ، وَسنةٍ فِي الشُّهُور، والعمرِ فِي السنينَ.

وأجيب عنه: بأنّ ذلك فرع مسألة الدهر على قول من يدّعي معرفة الدهر، فكأنه قال: من وقف على معنى الدهر.. يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة؛ كما في الأزمنة والأيام.

(**وإن عرف**) باللام كلاً من الأيام والشهور والسنين والجُمَعِ والدهور والأزمنة؛ نحو: لا يكلمه الأيّام أو الشهور (.. **فعلى عشرة**) من كل منها، ففي غير الأزمنة ظاهر.

وأما في الأزمنة.. فيلزمه خمس سنين؛ لأن كلّ زمان ستة أشهر عند عدم النية، فيكون العشرة منها خمس سنين؛ (**كأيامٍ كثيرة**)؛ لأنه لما وصفه بالكثرة.. علم أنه لم يرد به الأقل، وهو الثلاث.. فينصرف على المعهود كالمعرف باللاّم، فعنده: للعشرة، وعندهما: للأسبوع.

وعلى هذا لو قال: «إن خدمتني أيّاماً كثيرة فأنت حرّ» فعنده: للعشرة، وعندهما: للأسبوع.

وإن لم يصفه بالكثرة.. ينصرف إلى ثلاثة؛ على ما ذكرته آنفاً.

(**وقالا: على جمعة في الأيام**)؛ أي: أيام الأسبوع.

(**وعلى سنة**) أعني اثني عشر شهراً عربياً (**في الشهور**، و) على (**العمر في السنين**) والجُمَع والدهور والأزمنة.

والأصل ههنا: أن حرف التعريف إذا دخل على الجمع.. ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة، وهو العشرة، وهو المعهود المتعارف بينهم، فيما إذا وقع مميّزاً العدد قبله؛ لأن الناس يقولون في العرف: ثلاثة أيام، وأربعة أيام إلى عشرة أيّام، ثم بعد ذلك يقولون: أحد عشر يوماً واثني عشر يوماً ومئة يوم.. فكانت العشرة منتهى ما قطع بإرادته بلفظ الجمع عرفاً مستمراً.

بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء؛ فإنه يقع اليمين على الواحد؛ لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع وهو النساء.

وبخلاف ما إذا لم يقع مميّزاً العدد، نحو: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ حيث أريد به جميع الأيام؛ فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق، ولا ينكر أن يراد باللاّم ذلك عند عدم العهد.

وبخلاف قوله تعالى: ﴿وَقَطَّعْنَٰهُمُ ٱثْنَتَىْ عَشْرَةَ أَسْبَاطًا﴾ و﴿إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ [٥٩٢/أ]؛ فإن الجمع هنا، وإن أريد به يقيناً ما يزيد على العشرة.. لكنه بوجود ذلك فرداً مرّة.. لا يصير معهوداً من اللفظ بحيث يصرف إليه متى ذكر، وكأن المعهود المستمرّ فيما استعمل فيه لفظ الجمع يقيناً.. هو العشرة فما دونها، والعشرة منتهى ما عهد شائعاً.. فيجب الحمل عليه.

فإن قيل: فما وجه اعتبار أقصى المعهود، وإن كان ما دونه معهوداً أيضاً؟

قلت: الوجه أن اللام استغرق المعهود؛ لعدم قرينة تعيين المعهود المعين.

* * *

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ)

قَالَ: إِن ولدتِ فَأَنتِ كَذَا.. حنثَ بِالْمَيتِ.

وَلَو قَالَ: فَهُوَ حرٌّ، فَولدت مَيتاً، ثمَّ حَياً.. عتق الْحَيُّ، خلافاً لَهما.

(بَابُ اليَمِينِ في الطَّلَاقِ وَالعِتْقِ)

(**قال: إن ولدت فكأنت كذا.. حنث بالميّت**)؛ لأن الموجود مولود، فيكون ولداً حقيقة، وهو ظاهر، وعرفاً: فإنه يسمّى في العرف ولداً، وشرعاً: فإنه تنقضي به العدّة، وتصير به نفساء إذا رأت الدم فتحرم الصلاة والصوم عليها، وتصير به الأمة أم ولد، فتحقق الشرط.. فيترتب عليه الجزاء طلاقاً أو عتاقاً.

(**ولو قال**) لأمته: إذا ولدت ولداً (**فهو**) أي الولد (**حرّ فولدت ميّتاً، ثم حيّاً.. عتق الحي**) وحده عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، حيث قالا: لا يعتق واحد منهما؛ لأن الشرط قد تحقق بولادة الميّت؛ على ما ذكرناه فتنحل اليمين لا إلى جزاء؛ لأن الميّت ليس بمحلّ للحرية.

ولأبي حنيفة: أن مطلق اسم الولد يقيد بوصف الحياة؛ لأنه قصد إثبات الحرية جزاء، وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلّط الغير، ولا يثبت في الميّت، فيقيد بوصف الحياة؛ كما إذا قال: «إذا ولدت ولداً حيّاً».

بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم؛ كما في المسألة السّابقة؛ لأنهما لا يصلحان وصفاً مقيداً للولد بالحي؛ لاستغنائهما عن حياة الولد؛ لكونهما وصفاً لغيره، فلم يكن الشرط ثمة إلا ولادة الولد، وقد تحققت على ما ترى.

وبخلاف نحو: إذا اشتريت عبداً فهو حرّ، حيث لا يكون الجزاء مقيداً للعبد بكونه ملكاً للمشتري، مع أنّ عبد الغير لا يكون محلاً للحرية، حتى لو اشترى عبداً لغيره.. عتق عليه وانحلت يمينه، ثم لو اشترى عبداً آخر لنفسه.. لم يعتق؛ لأن الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلاً، فلا بدّ من تقدير الحياة لتصحيح الكلام البتة كما في مسألة الكتاب.

وَفِي: أَوَّلِ عبدٍ أَملِكُهُ فَهُوَ حرٌّ، فَملك عبداً.. عَتَقَ.

وَلَو ملكَ عَبْدَيْنِ مَعاً ثمَّ آخرَ.. لَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُم.

وَلَو زَاد: «وَحده».. عَتَقَ الآخرُ.

وأما في ملك الغير.. فقد تتصور الحرية موقوفة على الإجازة، فلا يلزم من وجوب تقدير الحياة لتصحيح الكلام: وجوب تقدير الملك له.

وبخلاف نحو: إن دخلت فأنت طالق، حيث لا يكون الجزاء مقيداً للمرأة بكونها في عصمته، مع أن المرأة التي ليست في عصمته لا تكون محلا للطلاق، حتى لو طلقها وانقضت عدتها ودخلت الدار.. انحلت يمينه، ولم يضمر قوله: إن دخلت الدار في عصمتي؛ لأنها بعد انقضاء العدة تصير محلاً للطلاق موقوفاً على نكاحها، ألا ترى أنه لو قال: «إن تزوجتك فأنت طالق» صح طلاقه وتوقف على نكاحها فتطلق عنده [٥٩٢/ب] بذلك الطلاق.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «الإيضاح»: لو قال: «أوّل عبد دخل عليّ فهو حرّ» فأدخل عليه عبد ميت، ثم عبد حي.. يعتق الحيّ بالاتفاق على الصحيح؛ لأن العبودية لا تبقى بعد الموت.

(**وفي: أوّل عبد أملكه، فهو حرّ فملك عبداً.. عتق**) لأن الأول اسم لفرد سابق وقد وجد ذلك.

(**ولو ملك عبدين معاً، ثم آخر.. لا يعتق واحد منهم**)؛ لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث، فلم يتحقق الشرط أعني الأولية.

بخلاف ما لو قال: «أوّل عبد أملكه فهو حرّ» فاشترى عبداً ونصفاً معاً.. عتق التام لوجود الشرط.

(**ولو زاد «وحده»**) بأن قال: «أوّل عبد أملكه وحده» فملك عبدين، ثم ملك آخر (**.. عتق الآخر**) أي الثالث؛ لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء؛ لأن «وحده» للحال من حيث اللغة، والثالث سابق في هذا الوصف.

وَلَو قَالَ: «آخرُ عبدٍ أملكُهُ، فَمَاتَ بعدَ ملكِ عبدٍ وَاحِدٍ.. لَا يَعْتِقُ.

وَلَو بعدَ مِلكِ عَبْدَيْنِ مُتَفَرِّقَين.. عَتَقَ الآخرُ مُنْذُ مَلَكَهُ مِن كلِّ مَالِهِ، وَعِنْدَهُمَا: يَعْتِقُ عِنْدَ مَوتِهِ مِنَ الثُّلُثِ.

بخلاف زيادة قوله: واحداً، حيث لا يعتق الثالث فيه؛ لأن واحداً يقتضي نفي مشاركة في الذات، و«وحده» يقتضي نفيها في الفعل المقرون به دون الذات، ولهذا صُدّق الرجل في قوله: في الدار رجل واحد، وإن كان معه فيها صبي أو امرأة، وكذّب إذا قال: فيها رجل وحده؛ فإذا قال: واحداً، فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد مطلق؛ لأن «واحداً» لم يفد أمراً زائداً على ما أفاده لفظ «أوّل» فكان حكمه حكمه، وإذا قال: وحده، فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد لا يشاركه غيره في التملك.

(**ولو قال: آخر عبدٍ أملكه فمات**) المولى (**بعد ملك عبد واحد.. لا يعتق**) لأن الآخر فرد لاحق، ولا بدّ له من سابق، ولا سابق له، فلا يكون لاحقاً.

(ولو) مات المولى (**بعد ملك عبدين متفرقين**) بأن اشترى عبداً، ثم عبداً، ثم مات (.. **عتق الآخر**)؛ لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (**منذ ملكه من كلّ ماله**) عند أبي حنيفة إن اشتراه في حال الصحة، وإلا.. عتق من ثلث ماله؛ على ما في «فتح القدير».

(**وعندهما: يعتق عند موته من الثلث**) سواء اشتراه في الصحة أو في المرض؛ لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده، وذلك يتحقق بالموت، فكان الشرط متحققاً عند الموت، فيقتصر عليه.

ولأبي حنيفة: أنه قد اتّصف بصفة الآخرية حين شرائه بعد الأول، لكنه بعرضيّة الزوال، ثم لما مات قبل أن يشتري غيره.. عرفنا بموته أنه آخر عبد ملكه، فكان الموت معرفاً، والشرط ثبت يوم شرائه، فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت؛ كما لو قال لأمرأته: «إن حضت فأنت طالق» فرأت الدم.. لا يحكم بطلاقها في الحال، بل حتى يمتد ثلاثة أيّام؛ فإذا امتد.. ظهر أنها طلقت حين رأت الدم، حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضها.

وعَلى هَذَا: آخرُ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً.. فَلَا تَرِثُ، خلافاً لَهما.

وَفِي: كلُّ عبدٍ بشَّرني بِكَذَا فَهُوَ حرٌّ، فبشَّرهُ ثَلَاثَةٌ متفرِّقونَ.. عتقَ الأَوَّلُ.

وَإِن بشَّروهُ مَعاً.. عَتَقوا.

وَلَو قَالَ: «من أَخْبرنِي».. عتقوا فِي الْوَجْهَيْنِ.

والحاصل: أن العتق ثبت عند الموت مستنداً إلى وقت وجود الشرط لا مقتصراً عليه.

(وعلى هذا) الخلاف: (آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً) فتزوج امرأة، ثم امرأة، ثم مات، فعنده: يقع الطلاق من وقت التزوج على طريق الاستناد [٥٩٣/أ]، وعندهما: يقع عند الموت متقصراً عليه، (فلا ترث) عند أبي حنيفة (خلافاً لهما) قالا: ترث؛ لأنه يجعل فارّاً بالطلاق البائن عندهما؛ لأنهما حكما بطلاقها في آخر جزء من حياته، ويلزمه مهر واحد إن كان دخل بها، وكذا إن لم يكن دخل بها؛ لانتهاء النكاح بالموت، وتعتد بأبعد الأجلين من عدّة الطلاق والوفاة عند محمد، وعند أبي يوسف: عدة الطّلاق لا غير.

ولو كان الطلاق رجعيّاً.. كان عليها عدّة الوفاة وتُحِدّ.

وقال أبو حنيفة: لمّا كان وقوع الطّلاق من وقت التزوج؛ على ما مر، وقد دخل بها.. كان لها المهر بحكم الدّخول بشبهة، ونصف مهر بحكم الطلاق قبل الدخول، وتعتد عدة الطلاق بلا حداد، ولا إرث.

(وفي: كلّ عبد بشّرني بكذا، فهو حرّ، فبشره ثلاثة متفرقون.. عتق الأول)؛ لأن البشارة حصلت منه وقد ذكرنا أن البشارة تحصل باللسان والكتابة.

(وإن بشروه معاً.. عتقوا) جميعاً؛ لأن البشارة تحققت من الجميع.

(ولو قال: من أخبرني) أن فلاناً قدم أو بقدوم فلان مثلاً (.. عتقوا في الوجهين)؛ أما في الوجه الثاني: فظاهر.

وأما في الأول: فلان عدم علم المخبر به لما أخبر به ليس بشرط في الخبر،

وَلَو نوى كَفَّارَته بشرَاءِ أَبِيهِ.. سَقَطت،

فبعد حصول العلم به بالخبر الأوّل.. يصح الخبر بعده.

بخلاف البشارة؛ لأن عدم العلم لما بشر به شرط فيها؛ لأنها عبارة عن خبر سارّ يغيّر بشرة الوجه ليس للمبشر به علم عرفاً، وأما في اللغة: فكونه سارّاً ليس بشرط، بل هي عبارة عمّا يغير البشرة سارّاً أو ضاراً قال تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ولكنه إذا وقع بما يكره.. قرن بذكر ما به الوعيد؛ كما في هذه الآية.

فإن قيل: يجوز أن يكون في اللغة أيضاً خاصّاً بالمحبوب، وما ورد في المكروه: مجاز.

قلنا: يمنعه مادة اشتقاقه؛ لأنها مشتقة من البشرة، وهذا يفيد أن لذلك الخبر أثراً في البشرة، ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان ويضرّه يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب، إلا أن بناء الأيمان على العرف لا على اللغة، فهل الصدق شرط فيها مثل السرور؟ ففي «الزيلعي»: اشترطه في كلّ من البشارة والخبر، وأورد على اشتراطه في البشارة: بأن تغيير البشرة كما يحصل بالإخبار السار صدقاً.. كذلك يحصل كذباً، وأجيب: بأنه ليس بمفيد.

وفي «فتح القدير»: والوجه فيه: نقل اللغة والعرف؛ يعني يجوز اشتراطه في العرف لا في اللغة، واشتراطه في الخبر ليس على إطلاقه، بل إنما اشترط فيه إن عدي الخبر بالباء بأن قال: من أخبرني بقدوم فلان؛ لأن الباء تفيد إلصاق الخبر بنفس القدوم، بخلاف ما لو قال: من أخبرني أنّ فلان قدم؛ فإن الصّدق لا يشترط فيه، بل كل من أخبره صدقاً أو كذباً.. عتق؛ كذا في «فتح القدير» [٥٩٣/ب].

وإطلاق المصنف ينتظم الوجهين؛ على ما أشرناه في تفسيره.

(**ولو نوى كفارته بشراء أبيه.. سقطت**) الكفارة، خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً؛ لأن العلّة للعتق هي القرابة المحرمة لا الشراء للقريب؛ لأنها التي ظهر أثرها في وجوب الصلاة كالنفقة، فهو المؤثر في العتق،

وإنما الملك شرط عملها؛ سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث، وأما أن يكون الشراء نفس العلة.. فلا؛ لأنه لإثبات الملك، والعتق لإزالته، وبينهما تناف، فلا يكون العتق مقتضاه؛ فإذا كانت العلة هي القرابة.. فلا تفيد النية عند الشراء ما لم توجد عند العلة.

ولنا: أن شراء القريب إعتاق؛ لقوله ﷺ: «لن يجزي ولد عن والده، إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» رواه الستة إلا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة، معناه: يشتريه فيعتقه بذلك الشراء؛ للإجماع على أنه لا يحتاج في إثبات عتقه إلى إعتاق زائد بعد الشراء، وهذا يفيد العلية؛ كما في قولهم: سقاه فأرواه أي بذلك السقي، ضربه فأوجعه أي بذلك الضرب، سهى فسجد أي بذلك السهو، وقد اقترنت النية به، فوجب القول بجوازه؛ لاقتران النية بعلة العتق، ويدل على أن الشراء علّة موجبة للعتق: أن الرّجل لو اشترى نصفه ابنه من أحد الشريكين.. يضمن نصيب الآخر إن كان موسراً، وهذا الضمان لا يجب إلا للعتق، ولأن الشراء يوجب الملك، والملك يوجب العتق في القريب، فيضاف الملك مع حكمه إلى الشراء؛ لأنهما حدثا به.

وهذا كمن رمى إنساناً فأصابه فمات.. قتل به؛ كأنه ضرب عنقه بالسيف؛ لأن الرمي يوجب نفوذ السهم، ومضيه في الهواء، والنفوذ: سبب الوقوع في المرمي إليه، والوقوع سبب الجرح، والجرح سبب السراية، والسراية سبب الموت.. فيضاف كله إلى الرمي الذي هو علة، ولأن العتق صلة، وللملك تأثير في الصِّلات شرعاً حتى تجّب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء، كما أن للقرابة تأثيراً في الصلة، فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق، فكأنه علّة ذات وصفين، والشراء علّة بجزئه؛ أعني: الملك، فيجوز إضافة العتق إلى الملك؛ لأن الحكم متى تعلّق بعلة ذات جزئين.. يضاف إلى آخرهما؛ لأن تمام العلة به، ويجوز إضافته إلى الشراء؛ لأن

لَا بشرَاءِ أَمَةٍ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ، ....

الحكم كما يضاف إلى العلّة.. كذلك يضاف إلى علة العلة؛ فإذا نوى عن كفارته عند الشراء.. صح؛ لاقتران النية بالعلة.

بخلاف ما إذا ملك قريبه بالإرث، حيث لا يقع عن كفارته وإن نواها؛ لأن الملك فيه ضروري، فلا يتصور فيه النية قبل وقوع العتق، بل إنما يتصور بعد العتق.. فلا يفيد.

بخلاف ما إذا وهب له، أو أوصي، أو تصدق عليه قريبه [٥٩٤/أ] فقبله ونوى عند القبول أن يعتق عن كفارته.. يصح؛ لسبق النيّة مختاراً، فمن هنا ظهر فساد قولهم: علّة العتق هي القرابة؛ لأن العتق لا يثبت قبل تمام العلة.

هذا؛ فإن قيل: إن شراء القريب: إما أن يثبت به الملك للمشتري أو لا، **فعلى الأول**: لا يكون مزيلاً للملك لأن مُثبِتَ الشيء بعينه لا يكون مزيلاً له.. فلا يقع به العتق.

وعلى الثاني: لا يعتق عليه؛ لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم.

أجيب عنه: إنه مثبت ابتداءً مزيل بقاءً؛ بمعنى أن الشرع أخرج القريب عن محليّة الملك بقاء؛ كما أنه أخرج الحر عن محلّيته ابتداء وبقاء.

(**لا بشراء أمة استولدها بالنكاح**)؛ بأن تزوج أمة الغير فولدت منه، وقال: «إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني» فإنها لا تعتق عليه لوجود الشرط، ولا تجزئه عن الكفارة وإن صرّح بها في التّعليق؛ لأن حرّيتها مستحقّة قبل الشراء، فلا يضاف إلى اليمين من كلّ وجه، والواجب ما يستحق حرّيته بها من كلّ وجه.

فإن قيل: إن القريب مستحق للعتق بالقرابة، كما أنّ أم الولد مستحقّة له بالاستيلاد، فما بال أمّ الولد لم تجزئ عن الكفارة كما يجزئ القريب.

أجيب: بأن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد، فكانت الحرية من جهتين: جهة الاستيلاد وجهة الشراء.. فلم تقع عن الكفارة من كلّ وجه، بخلاف

أَو عبدٍ حَلَفَ بِعِتْقِهِ، إِلّا إِن قَالَ: إِن اشتريتُكَ فَأَنتَ حرٌّ عَن كفَّارتي.

وَفِي: إِن تسرَّيتُ أمةً فَهِيَ حرَّةٌ،...

القرابة.. فإنها ليست كذلك؛ لأنه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه، فلم يكن من جهة القريب جهة الحرية سوى الشراء؛ فإذا اشتراه بنية الكفارة.. يصح عنها.

(أو عبد حلف بعتقه) بأن قال: إن اشتريتك فأنت حرّ، فاشتراه ناوياً لكفارة يمينه.. لا يجزئه عنها؛ لأن النية لم تقترن بالعلة وهي اليمن، وإنما اقترنت بالشراء، وليس بعلة.

فإن قيل: إن المعلق بالشرط كالمنجّز عنده، فيكون علة في ذلك الوقت، وقد اقترنت النية به في ذلك الوقت.

أجيب عنه: بأنه إنما يكون كالمنجز في ذلك حكماً لا حقيقة؛ كذا في «الزيلعي».

(إلا إن قال: إن اشتريتك فأنت حر عن كفارتي) فإنه حينئذ يقع عن كفارته؛ لأن حريته غير مستحقة بجهة أخرى، فلم تختل إضافة العتق إلى اليمين وقد قارنته النية فكمل الموجب.. فيقع عن الكفارة، بخلاف أم الولد؛ على ما مر.

(وفي: إن تسريت أمة فهي حرّة)، التسري عبارة عن التحصين والجماع؛ طلبَ الولد أو لا؛ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا بد من طلب الولد مع الجماع، حتى لو وطئها وعزل عنها.. لا يكون تسرياً عنده؛ كذا قالوا.

واعلم: أن التسري ما تُفُعِّل مأخوذة من السُّرِيَّة على فُعْلِيَّة بضم الفاء وسكون العين، والسرية مأخوذة من السرور؛ لأنه سير بالأمة وهي تسريه، أو من السر بكسر السين بمعنى الإخفاء، ومنه قيل للنكاح سر؛ لأنه يلزمه الإخفاء غالباً؛ فإن كان مأخوذاً من السرور.. فضم سينه على القياس، وإن كان مأخوذاً [٥٩٤/ب] من السر.. فضم سينه على غير القياس.

فتسرَّى مَن فِي مِلكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ.. عَتَقَتْ.

وَإِن تسرَّى مَن ملكَهَا بعدَهُ.. لَا تعْتِقُ.

فمعنى التَّسَرِّي على قول أبي حنيفة ومحمد: أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى إليها بمائِهِ أو عزل عنها.

وعلى قول أبي يوسف، وهو المنقول عن الشافعي: أن لا يعزل ماءه مع التحصين والجماع، حتى لو وطئ أمته ولم يفعل شيئاً من التحصين والإعداد للجماع.. لا يكون تسرياً وإن لم يعزل عنها وعلقت عنه على ما في «فتح القدير».

ووجه أبي حنيفة ومحمد: أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو من السر.. لا يقتضي الإنزال فيها؛ لأن كلاً من السرور والجماع يوجد بدون الإنزال، فأخذ الإنزال في مفهومه مما لا دليل عليه.

فإن قيل: إن العرف في التسري تحصينها لطلب الولد، وذلك يكون بالإنزال.

قلنا: ممنوع، بل العرف مشترك، فمن الناس من يقصد طلب الولد ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير طلب الولد.

فعلى قولهما أنه إذا حلف لا يتسرّى فاشترى جارية فحصنها ووطئها.. حنث؛ ذكره القدوري في «التجريد» عن أبي حنيفة ومحمد.

(**فتسرى من في ملكه وقت الحلف.. عتقت**)؛ لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك؛ فإذا وجد الشرط.. يترتب عليه الجزاء.

(**وإن تسرى من ملكها بعده.. لا تعتق**) عندنا وعند مالك والشافعي وأحمد، خلافاً لزفر فإنه يقول: التسري لا يكون إلا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك؛ كما إذا قال لأجنبية: «إن طلقتك فعبدي حر» يصير التزوج مذكوراً بطريق الدلالة الحالية.

ولنا: أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري؛ لكونه شرطاً لها، وما ثبت ضرورة.. يتقدر بقدرها، ولا يظهر في حق صحة الجزاء، وهو الحرية، ولأنه لو عتقت المشتراة بعد الحلف.. لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك،

وسببه واللازم: باطل بالإجماع، وهذا؛ لأن التسري ليس نفس الملك، ولا سببه، بل يتفق بعده وقد لا يتفق، وكون الملك مراداً مقدّراً ضرورة: لا يقتضي تعليق العتق بالملك؛ لما ذكرناه أن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها.

بخلاف ما لو قال: إن ملكت أمة فتسريتها فهي حرّة فتسرى من ملكها بعد الحلف.. تعتق؛ فإنه جعل الشرط هو الملك صراحة، بخلاف ما قاسه من مسألة الطلاق؛ فإنه ليس وزان هذه المسألة، بل وزان مسألتنا من حيث إن في كل منهما ثبت شرط الشرط؛ لضرورة صحة الشرط، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء؛ لأنه ثبت في هذه المسألة ملكُ التزوج؛ لضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء كما في مسألتنا، حتى لو قال لها: «إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً» فتزوجها وطلقها ثلاثاً.. لا تطلق ثلاثاً، بل تطلق واحدة؛ لعدم تعدي ملك التزوج والمقدر ضرورة إلى الجزاء، وأما وزان مسألة زفر: فهو أن يقول: «إن تسريت جارية فعبدي حرّ» فاشترى جارية فتسرى بها.. عتق العبد لقيام الملك [٥٩٥/أ] في الحال في العبد.. فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد؛ كذا في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: لأن قوله لأجنبية: «إن طلقتك فعبدي حرّ» إنَّ عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع «إن تزوجتك ثم طلقتك»، بل لاقتضاء الشرط الملك، غير أن الشرط هناك، إذا ثبت بمقتضاه.. ثبت الجزاء، وهو عتق عبده، إلى آخر ما ذكره، ولا يخفى عليك أن هذا مخالف لما ذكرناه من «العناية» من أنّ ثبوت ملك التزوج؛ لضرورة صحة الشّرط.. فلا يتعدى إلى صحة الجزاء، فلا تقع الحرّية.

فإن قيل: إن زفر لم يقل بالاقتضاء حتى حكم في قوله: «أعتق عبدك عني بألف» إنه يعتق عن المأمور لبطلان المقتضي عنده، فكيف يحكم فيما نحن فيه - أعني إن تسريت أمة فهي حرة - بوقوع العتق فيمن تسرى من ملكها بعد الحلف؟ وهل هذا إلّا قول بالاقتضاء.

وَفِي: كلُّ مَمْلُوكٍ لي حرٌّ.. عَتَقَ عبيدُهُ ومدَبَّروهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، لَا مكاتبوه، إِلّا إِن نواهم.

أجيب عنه: بأنه ليس عنده من باب المقتضي، بل من دلالة النص، والفرق بينهما: أن الثابت دلالةً: ما يكون مفهوماً من اللفظ بلا تأمل واجتهاد، كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهوماً من النهي عن التأفيف، ولا كذلك المقتضي؛ لأن المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي، والملك لما كان مفهوماً من التسري بلا تأمل واجتهاد.. كان الملك ثابتاً بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء، ذكره صاحب «النهاية» وغيره.

واعترض عليه: بأن الثابت بالدلالة: هو ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى بأمر جامع؛ كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الإيذاء، ولهذا ذهب بعض أصحابنا: إلى أنّ الدّلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلّة جامعة بينهما، غير أنه لا يفتقر إلى أهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت، والملك بالنسبة إلى التسري ليس كذلك، فليس من باب الدلالة، فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى: إن وطئت مملوكةً لي فهي حرّة.. فكانت الدّلالة بطريق العبارة مجازاً، لا بطريق الدلالة.

(**وفي: كل مملوك لي حرّ.. عتق عبيده ومدبروه وأمّهات أولاده**)؛ لأن كل واحد منهم كامل في الإضافة إلى نفسه بقوله؛ إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً، فكانوا داخلين تحت عموم لفظ فيعتقون، ويدخل فيه الإماء والذكور، ولو قال: أردت الذكور خاصة.. صدق ديانة؛ لأن لفظ المملوك وضع للمذكر، إلا أنهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفاً؛ لأنه حينئذ يشمل الإناث؛ كلفظ المسلمين، والواو في فعلوا، ولهذا لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ولو قال: نويت النساء.. لا يصدق أصلاً، وكذا لو قال: نويت السود دون البيض وبالعكس.. لا يصدق أصلاً، ولو قال: لم أنو المدبرين.. ففيه روايتان: في رواية: لم يصدق قضاء، وفي رواية: لم يصدق أصلاً.

(**لا مكاتبوه، إلا إن نواهم**)؛ لأن الملك ناقص فيهم [٥٩٥/ب] بخروجهم عن

وَفِي: هَذِه طَالِقٌ، أَو هَذِه وَهَذِه.. طلقَتِ الْأَخِيرَةُ، وَخُيِّرَ فِي الْأُولَيَيْنِ. وَكَذَا الْعِتْقُ وَالْإِقْرَارُ.

ملك المولى يداً، ولهذا لا يملك أكسابهم، ولا يحلّ له وطؤ المكاتبة، فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه، فاختلت الإضافة إلى نفسه. فلا بد من النية، وعلى هذا ينبغي لو قال: «كل مرقوق لي حر»: أن يعتق المكاتبون؛ لأن الرق فيهم كامل؛ كذا في «فتح القدير».

(وفي: هذه طالق أو هذه وهذه.. طلقت الأخيرة وخير في الأولين، وكذا العتق والإقرار) بأن قال لعبيده: «هذا حرٌّ، أو هذا وهذا»، وبأن قال: «لفلان علي ألف درهم أو لفلان وفلان».. لزمه خمسمائة للأخير وخير.. في جعل خمسمائة أخرى؛ لأيهما شاء من الأولين، وهذا: لأن «أو» لإثبات أحد الشيئين، وقد أدخلها بين الأولين، ثم عطف الثالثة على المطلقة؛ لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحلّ الحكم وهو المطلقة، فصار كما إذا قال: «إحداكما طالق وهذه» فصار عطفاً على المأخوذ من صدر الكلام لا على أحد المذكورين على التعيين.

قيل: لا يعتق واحد منهم في الحال، ويكون له الخيار بين الأول والأخيرين؛ بناء على أن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم.. يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم، والأصل عدم الحكم، فيعطف الثالث على من لم يقع عليه الحكم وهو الثاني، فكأنه قال: «هذه طالق وهاتان» كما إذا حلف لا يكلّم هذا أو هذا وهذا؛ فإنه إن كلم الأول أو بالأخيرين جميعاً.. يحنث، وإن كلم أحد الأخيرين.. لا يحنث.

قلنا: هذا رواية ابن سماعة عن محمد، وما اخترناه هو ظاهر الرواية، وهو الأصح بوجهين.

الأول: أنه حينئذ يكون تقدير الكلام «إحداهما طالق وهذه طالق» وعلى رواية ابن سماعة يكون تقديره: «هذه طالق وهاتان طالقتان» في المعطوف عليه هو لفظ طالق لا طالقتان، فالأولى: أن يقدر في المعطوف ما هو مذكور في المعطوف عليه.

والثاني: أن قوله: «أو هذا» مغير لمعنى قوله: «هذا حر»، ثم قوله: «وهذا» غير

مغير لما قبله؛ لأن الواو للتشريك، فيقتضي وجود الأول فيتوقف أول الكلام على المغير لا على ما ليس بمغير.. فيثبت التخيير بين الأول والثاني بلا توقفه على الثالث، فصار معناه: «(أحدهما)»، ثم قوله: «وهذا» يكون عطفاً على أحدهما، وههنا بحث مذكور في الأصول.

ثم الفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق، وبين قوله: «لا يكلّم هذا أو هذا وهذا» أن كلمة «أو» إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما نكرة، إلا إن في الطلاق والعتاق والإقرار الموضوع موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص.. فتتناول أحدهما؛ فإذا عطف الثالث على أحدهما.. صار كأنه «إحداكما طالق وهذه» كما مر، وأما في مسألة اليمين.. فالموضع موضع النفي، وهي فيه تعم، فكأنه قال: «والله لا يكلم هذا، ولا هذا، ولا هذا» ذكر الثالث بحرف العطف فصار كأنه قال: «ولا هذين» ولو نص على هذا .. كان الحكم هكذا [٥٩٦/أ].. فكذا هنا.

واعلم: أنّ «أو» إذا استعمل في النفي يكون النفي أحد الأمرين.. فيفيد شمول العدم؛ فإذا قال: «لا أفعل هذا أو هذا».. يحنث بفعل أحدهما، إلا إذا قامت قرينة على أنها لإيقاع أحد النفيين.. فحينئذٍ يفيد عدم الشمول، وإذا استعملت الواو في النفي.. فهو لعدم الشمول؛ لأنها للجمع، ونفي المجموع يجوز بنفي واحد من أجزائه، إلا إذا قامت قرينة على أنها لشمول النفي وسلب الحكم عن كلّ واحد؛ كما إذا حلف لا يرتكب الزنا وأكل مال اليتيم، ونحو: ما جاءني زيد ولا عمرو.

* * *

(بَابُ الْيَمينِ فِي البيعِ وَالشِّرَاءِ والتَّزَوُّجِ وَغيرِ ذَلِكَ)

يَحْنَثُ بِالْمُبَاشَرَةِ دونَ التَّوْكِيلِ فِي: البيعِ، وَالشِّرَاءِ، وَالْإِجَارَةِ، والاستئجارِ،

(بَابُ اليَمِينِ في البَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزَوُّجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ)

والضابط في هذا الباب شيئان:

أحدهما: أن كلّ فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر.. فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل ترجع فيه الحقوق إلى من وقع حكم الفعل له.. يحنث.

والثاني: أن كلّ فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره.. فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل لا يحتمل ذلك.. يحنث.

وقيل: كلما يستغني المأمور في مباشرته عن إضافته إلى الآمر.. فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كان لا يستغني عن هذه الإضافة.. يحنث.

والوجه في ذلك: أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له.. فمقصود الحالف من الحلف التَّوقِّي عن حكم العقد وعن حقوقه، وكلاهما يرجعان إليه، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من حكم العقد له.. فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه.. فلا يحنث، فشرع في بيان جزئيات هذا الأصل فقال:

(**يحنث بالمباشرة دون التوكيل في البيع والشراء**)؛ صحيحاً كان أو فاسداً لا باطلاً؛ لأن الباطل ليس ببيع أصلاً؛ على ما سيصرّح به.

(**والإجارة والاستئجار**)؛ فلو حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر أو لا يستأجر، فوكل من فعل ذلك.. لم يحنث؛ لما مرّ أن حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد لا إلى الموكل، حتى لو كان الحالف هو العاقد.. يحنث.

بخلاف ما إذا لم يكن هو العاقد بل موكّلاً.. فإنه لم يحنث؛ لأنه لم يوجد شرط الحنث من الحالف، وهو العقد، وإنما الحاصل له هو حكم العقد.. فلا يحنث.

وَالصُّلْحِ عَن مَالٍ، ....

إلا أن ينوي أن لايأمر غيره أيضاً.. فحينئذٍ يحنث بالتوكيل؛ لأنه شدّد على نفسه فيعمل بنيته.

أو أن يكون الحالف ذا سلطان لا يباشر العقد بنفسه؛ كالقاضي والأمير.. فحينئذٍ يحنث بفعل المأمور أيضاً؛ لأنهما يمنعان نفسهما عما يعتاده الناس، وعادتهما: الأمر دون المباشرة، حتى لو كان عادتهما المباشرة كسائر الناس.. لا يحنث بالتوكيل كسائر الناس، ومع هذا لو فعل ذلك الفعل بنفسه.. حنث أيضاً؛ لوجود حقيقة الفعل منه بنفسه.

ولو كان الحالف ممن يباشر بنفسه مرة ويوكّل أخرى.. تعتبر الغلبة؛ كذا في «فتح القدير».

وفي كلامه إشارة إلى أن الإجارة ليست بداخلة في البيع حتّى [٥٩٦/ب] لو حلف لا يبيع فآجر.. لا يحنث؛ لأن الإجارة ليست ببيع، بخلاف السّلم؛ فإنه بيع فيشمله البيع.

(**والصّلح عن مال**) أو عن دين أو عن دعوى؛ فإنه لا يحنث بصلح الوكيل عنها؛ لأن الحقوق ترجع إلى الوكيل، إلّا في رواية عن أبي يوسف؛ على ما في «شرح المنظومة» عن «تتمة الفتاوى» وفي «وسيط المحيط».

وفي الصلح روايتان:

في رواية: بمنزلة البيع.

وفي رواية: بمنزلة النكاح ونحوه، وعزى في «مختصره» الروايتين إلى أبي يوسف.

ثم المراد بالصّلح ههنا: الصلح عن إقرار؛ لأنه حينئذ يكون بيعاً؛ أما الصّلح عن إنكار.. فهو فداء لليمين في حقّ المدّعى عليه، فيكون الوكيل من جانب الحالف سفيراً محضاً، فيكون من القسم الثاني؛ كالصلح عن دم عمد.

وَالْقِسْمَةِ، وَالْخُصُومَةِ، وَضربِ الْوَلَدِ.

فعلى هذا: إذا حلف المدعي أن لا يصالح فلاناً عن هذه الدعوى أو الدين أو المال فوكّل غيره.. لا يحنث الموكّل مطلقاً.

وإذا حلف المدعى عليه، ثم وكّل غيره؛ فإن كان عن إقرار.. لا يحنث، وإن كان عن إنكار أو سكوت.. يحنث؛ على ما في «البحر» نقلاً عن «المحيط».

لو حلف لا يصالح رجلاً في حقّ يدّعيه عليه فوكّل رجلاً فصالحه.. لم يحنث، ولو قال: «والله لا أصالح فلاناً» فأمر غيره فصالحه.. حنث في القضاء؛ لأن الصلح لا عهدة فيه. انتهى.

قال: ولعلّ المراد بقوله: «فصالحه حنث في القضاء» في الفرع الثاني: الصلحَ اللغوي؛ بمعنى عدم العداوة والبغضاء، لا بمعنى الصلح الفقهي، الذي هو بمعنى عقد يرفع النزاع. انتهى.

أقول: هذا التوجيه ليس بوجيه؛ لأنه خلاف المتبادر، بل الأوجه حمله على الرواية؛ لما في «قاضي خان»: حلف أن لا يصالح فلاناً من حق يدعيه عليه فوكل الحالف رجلاً فصالح الوكيل.. يحنث عند محمّد؛ لأنه لا عهدة في الصلح، وعن أبي يوسف فيه: روايتان. انتهى.

فإطلاق صاحب «المحيط»: محمول على ما روي عن محمد.

(**والقسمة**) حلف أن لا يقاسم فوكّل غيره.. فلا يحنث بفعل الوكيل.

(**والخصومة**)، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بالقسم الثاني، والفتوى: أنها ملحقة بالقسم الأول كما اختاره المصنف؛ كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**وضرب الولد**)؛ لأن منفعة ضربه ترجع إلى الولد نفسه لا إلى أبيه وهو التأدّب، فلم ينسب فعل المأمور بضربه إلى الآمر.. فلا يحنث الآمر بضرب الوكيل، بخلاف ضرب العبد؛ على ما سيأتي.

وَبِهِمَا فِي النِّكَاحِ ....

والمراد بالولد ههنا: الولد الكبير؛ لما في «قاضي خان»: لو حلف الأب أن لا يضرب ولده الصغير فأمر غيره فضربه.. ينبغي أن لا يحنث الحالف؛ لأن الأب يملك ضرب ولده الصّغير، فيملك التفويض إلى غيره، ويكون بمنزلة القاضي والسلطان.

وضرب الزوجة.. قيل: مثل الولد، وقيل: مثل العبد، وقيل: إن جنت الزوجة.. فمثل العبد، وإن لم تجن.. فمثل الولد.

وإن حلف على حرّ أن لا يضربه فأمر غيره فضربه [٥٩٧/أ] المأمور.. لا يحنث، إلا أن يكون الحالف قاضياً أو سلطاناً؛ لأن القاضي يملك ضرب الأحرار حدّاً أو تعزيراً، فصح أمره، وسيأتي ما يتعلق بالضرب في باب اليمين في الضرب.

(وبهما) أي ويحنث بالمباشرة والتوكيل (في النكاح) بأن حلف أن لا يتزوج، فعقد بنفسه أو وكّل فعقد الوكيل نكاحاً صحيحاً.. حنث؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه، والوكيل سفير محض، قيّدناه بالصحيح؛ لأن الحالف أو وكيله لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً.. لا يحنث.

إلا إن قال لامرأة لا يحل له نكاحها: «إن تزوجتك فعبدي حرّ» فتزوجها.. حنث؛ لأن يمينه ينصرف إلى ما يتصور منها، وهو النكاح الفاسد.

وكذا لو حلف على امرأة الغير ومدخولته «ليتزوجن هذه المرأة اليوم» فتزوجها في ذلك اليوم.. برّ في يمينه؛ لأن يمينه ينصرف إلى صورة العقد؛ على ما صرّح به في «قاضي خان» وغيره.

واعلم: أن التوكيل: إما أن يكون قبل اليمين أو بعده، وعلى التقديرين: يحنث الموكّل؛ على ما ذكرناه من أن حقوق العقد راجعة إليه.

وفي «قاضي خان»: رجل حلف أن لا يتزوج فجنّ فزوجه أبوه.. لا يحنث.

ولو لم يجنّ لكن وكّل وكيلاً بالنكاح ففعل الوكيل.. حنث الحالف؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه، والوكيل سفير محض، فكان فعله كفعل الحالف إذا كان الحالف من أهل المباشرة، والمجنون ليس من أهل المباشرة.. فلا يكون فعل الأب كفعل الحالف، بخلاف الوكيل.

وكذا لو كان التوكيل قبل اليمين وزوجه الوكيل.. حنث الحالف؛ لأن الوكالة غير لازمة، فكان للدّوام حكم الابتداء.

وقال في «شرح المنظومة»: حلف أن لا يتزوج أو لا يزوج فعقد بنفسه أو وكّل فعقد الوكيل.. حنث.

فظهر منه أنه لا فرق بين التزوج والتزويج في هذا الحكم، لكنه فرق في «البحر» بينهما حيث قال: وقيّد بالنكاح؛ لأنه لو قال: والله لا أزوج فلاناً فأمر رجلاً فزوجه.. لا يحنث، بخلاف التزوج.

قال محمد بن الوليد: سألت نجم الدين عن الفرق، فقال: التزويج بأمره لا يلحقه حكم، والتزوج يُثبت حكمه له وهو الحلّ.

والذي ظهر من «قاضي خان»: أن عدم الفرق بين التزويج والتزوج في العبد والأمة والصغير والصغيرة في الحرّ الكبير والكبيرة؛ حيث قال: لو حلف الرجل أن لا يزوج عبده، فزوجه غيره، فأجاز المولى بالقول.. حنث.

ولو حلف أن لا يزوج ابنته الصغيرة أو أمته: عن محمّد في إحدى الروايتين: لا يحنث بالتوكيل ولا الإجازة.

وعلى قول أبي يوسف: يحنث بها.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يحنث بالتوكيل في الصغيرة خاصّة.

ولو حلف أن لا يزوج ابنه الكبير أو ابنته الكبيرة.. لا يحنث الأب، إلا أن يباشر العقد بنفسه.

وَالطَّلَاقِ، وَالْخُلْعِ، وَالْعِتْقِ، وَالْكِتَابَةِ، ....

ولو حلف أن لا يزوج [٥٩٧/ب] ابنة أخيه، أو ابنة عمّه فوكّلت المرأة وكيلاً بالنكاح، فزوجها الوكيل، ثم قبض الوليّ الحالف مهرها، أو طالب الزوج بذلك.. صحّ النكاح، ولا يحنث الحالف.

وإن حلفت امرأة أن لا تتزوج، فوكّلت وكيلاً بالنكاح ففعل الوكيل.. حنث، والمرأة بمنزلة الرجل في جميع ذلك، ومشى المصنف على ذلك كما سيصرّح به.

(و) في (**الطلاق والخلع والعتق والكتابة**)، كذا في «الإيضاح» وهو الأصح.

وذكر الزاهدي في شرح «القدوري»: أن الكتابة ملحقة بالبيع.

وفي «قاضي خان»: الطلاق بمنزلة النكاح فيما ذكرنا.

إذا حلف أن لا يطلّق، فوكّل بذلك، فطلّق الوكيل.. حنث.

وكذا لو طلّقها فضولي، أو خلعها بالقول.. حنث.

ولو جنّ الحالف فطلق امرأته.. لا يحنث؛ لعدم أهليّته للتّطليق.

ولو قال لها: طلّقي نفسك إن شئت، أو قال لعبده: أعتق نفسك إن شئت، ثم حلف أن لا يطلق، ولا يعتق، فطلقت نفسها، أو أعتق العبد نفسه.. حنث الحالف.

وعن محمد: أنه لا يحنث، ثم رجع.

بخلاف ما لو قال لها: أنت طالق إن شئت، أو قال لعبده: أنت حرّ إن شئت، ثم حلف أن لا يطلّق، فشاءت المرأة طلاقها، وشاء العبد عتقه.. وقع الطلاق والعتاق، ولا يحنث في يمينه؛ كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم حلف أن لا يطلق، فدخلت الدار.. يقع الطلاق، ولا يحنث الحالف.

حلف ليطلق فلانة اليوم وفلانة أجنبية، أو مطلقة ثلاثاً، أو من لا يحل له نكاحها.. فالبرّ في ذلك: أن يطلقها بلسانه وإن كان لا يقع.. فلا يحنث في يمينه.

وفي النكاح الفاسد: يقع على المتاركة.

وَالصُّلْحِ عَن دمٍ عمدٍ، وَالْهِبَةِ، وَالصَّدَقَة، وَالْقَرْضِ، ....

(والصلح عن دم عمد) لما مر أن الوكيل سفير محض.

(**والهبة**)؛ صحيحة كانت أو فاسدة، قبل الموهوب له أو لا، قبض؛ أو لا عندنا؛ لأن غرض الحالف عدم إظهار السخاوة؛ فإذا وجد ذلك منه، أو من وكيله.. فقد وجد شرط الحنث فحنث.

وكذا في الحلف بعدم قبول الهبة، ثم توكيلها، فلو حلف أن لا يهب لفلان هبة فوهب، أو وكيله بالهبة.. حنث، قبل الفلان أو لم يقبل، قبض أو لم يقبض عندنا.

وكذا لو وهب هبة غير مقسومة.. حنث عندنا.

وكذا لو أعمره أو بعث إليه مع رسوله، بخلاف ما لو تصدّق شيئاً للمحلوف عليه.. فإنه لا يحنث به في يمين الهبة عندنا.

وكذا لو أعاره على ما في «قاضي خان».

ولو حلف أن لا يهب لفلان فوهب غيره بغير أمره فأجازه الحالف.. حنث كما في التوكيل بالهبة.

(**والصدقة**) قبضها الفقير أو لا؛ لما ذكرنا في الهبة.

وكذا الحكم في الحلف بعدم قبض صدقة وتوكيله على ما في «شرح المنظومة».

(والقرض) مطلقاً، أو شخصاً معيّناً؛ قبل المستقرض أو لا.

وفي «قاضي خان»: وعن أبي يوسف: أنه قال في القرض: لا يحنث إذا لم يقبل.

وفي «التاتارخانية»: أنه لا يكون قرضاً بدون القبول عند محمد، وفي رواية عن [٥٩٨/أ] أبي يوسف.

وفي «قاضي خان»: فلو قال: أقرضني فلان، فلم أقبل، أو قال: ولم أقبل.. صدّق.

والاستقراض.

وَإِن نوى الْمُبَاشَرَةَ خَاصَّةً.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً.

وَكَذَا: ضربُ العَبْدِ، وَالذَّبْحُ، وَالْبناءُ، ....

وفي الهبة لا يصدّق، وعلى قول محمّد: كما لا يصدّق في الهبة.. لا يصدّق في القرض.

(والاستقراض)، واعترض عليه في «الدّرر»: بأن عدّهم الاستقراض من هذا القسم مشكل؛ لأنّهم صرّحوا بأنّ التوكيل بالاستقراض باطل، فيجب أن لا يترتب عليه الحنث؛ لأن الباطل لا يترتّب عليه الحكم.

وفي «قاضي خان»: لو حلف لا يستقرض فاستقرض ولم يقرضه.. حنث في يمينه.

(وإن نوى)، أي: في هذه العشرة المذكورة (المباشرة خاصة.. صدّق ديانةً)؛ لأنه نوى لما يحتمل كلامه.

(لا قضاءً)؛ لأنه خلاف الظاهر على ما سنبينه.

(وكذا)، أي: يحنث بهما (في ضرب العبد)؛ لأن السيد له ولاية ضرب عبده.. فيصح به أمره، فيحنث بفعل المأمور؛ لأن منافع ضربه ترجع إلى الآمر، وكذا ضرب الولد الصغير؛ لأن الأب يملك ضرب ولده الصغير، فيملك التفويض إلى الغير، ويكون بمنزلة القاضي والسلطان.

بخلاف الأمر بضرب الولد الكبير والحرّ؛ إلّا إن كان سلطاناً أو قاضياً على ما تقدّم.

(والذبح)؛ لأن المالك له ولاية الذبح لملكه فيملك التفويض إلى الغير، وإن منفعة ذبح المأمور راجعة إليه بفعل المأمور، والقتل كالذبح على ما في «شرح المنظومة».

(والبناء) والهدم مثله.

والخياطةُ، والإِيداعُ، والاستيداعُ، والإِعارةُ، والاستعارةُ، وَقَضَاءُ الدَّينِ، وَقَبضُهُ، وَالْكِسْوَةُ، ....

(والخياطة) وفي «قاضي خان»: حلف ليخيّطن هذا الثوب، أو ليبنينّ هذه الدار، فأمر غيره بذلك ففعل.. حنث الحالف؛ سواء كان الحالف يحسن ذلك، أو لا يحسن؛ فإن نوى أن يلي ذلك بنفسه.. دين في القضاء.

وفي «الزاهدي»: الاتفاق على نفسه أو على أحد.. فعل حسّي مثل الخياطة.

(والإيداع، والاستيداع، والإعارة، والاستعارة).

حلف أن لا يعير ثوبه من فلان، فبعث فلان إلى الحالف وكيلاً واستعاره فأعاره الحالف.. حنث؛ لأن الوكيل بالاستعارة سفير محض يحتاج إلى الإضافة إلى الموكل، فصار بمنزلة الوكيل بالاستقراض.

حلف أن لا يستعير من فلان شيئاً فأردفه فلان على دابته.. لم يحنث؛ لأنه لم يستعر، والإعارة لا تتم إلا بالتسليم ولم يوجد.

(وقضاء الدين وقبضه)، وكذا قبض الهبة والصدقة على ما ذكرناه.

وكذا لو حلف لا يقبض من فلان شيئاً فوكّل ففعل الوكيل.. حنث، كذا في «قاضي خان».

(والكسوة) بأن حلف لا يكتسي، أو لا يكسو أحداً مطلقاً، أو كسوة معينة.. حنث بفعل وكيله؛ لأن منفعة الاكتساء راجعة إليه؛ لدفع الحر والبرد، وكسوة غيره هبة للغير إن كان غنياً، وصدقة إن كان فقيراً.

وفي «قاضي خان»: حلف أن لا يكسو فلاناً، فأرسل إليه بقلنسوة، أو خفين، أو نعلين.. يكون حانثاً، إلا أن ينوي أن يعطيه بيده.

ولو حلف أن لا يكسو فلاناً [٥٩٨/ب] وأعطى فلاناً دراهم يشتري بها كسوة.. لا يكون حانثاً.

وَالْحَمْلُ.

إِلّا أَنَّهُ لَو نوى الْمُبَاشَرَةَ.. يُصدَّقُ قَضَاءً وديانةً.

وَفِي: لَا يتَزَوَّجُ، فَزَوَّجهُ فُضُولِيٌّ فَأَجَازَ بالْقَوْلِ.. حَنِثَ، وبالفعلِ: لَا يَحْنَثُ.

(والحمل)، حلف لا يحمِّل شخصاً متاعه، فوكّل غيره أن يحمِّله متاعه.. حنث بفعل الوكيل؛ لما ذكرناه.

وجملة ما ذكر إلى هنا اثنان وعشرون، ويزيد عليها بما ذكرناه في إثباتها.

(إلّا أنه لو نوى المباشرة) في هذه الأشياء (.. يصدّق قضاءً وديانةً)، بخلاف ما تقدّم من النكاح، والطّلاق إلى الاستقراض؛ لأن النكاح ليس إلا تكلّم بكلام يفضي إلى وقوع النكاح عليها، والطّلاق ليس إلا تكلّم بكلام يفضي إلى وقوع الطّلاق عليها، وكذا الخلع والعتق كلام يفضي إلى وقوع العتق على المعتق، وكذا الحال في غيرها، والأمر بذلك مثل التكلم به، واللفظ ينتظمهما؛ فإذا نوى التكلم به.. فقد نوى الخصوص في العام، فيصدّق ديانةً لا قضاءً.

بخلاف هذه الأفعال من الضرب والذبح والبناء وغيرها؛ لأنها أفعال حسية لا تعرف إلّا بآثارها من الإقدام عليها والمباشرة إليها، والنسبة إلى الآمر مجاز؛ فإذا نوى الفعل بنفسه.. فقد نوى الحقيقة، فيصدّق ديانةً وقضاءً معاً.

(وفي: لا يتزوج) امرأة، (فزوجه فضولي) فبلغه (فأجاز بالقول.. حنث)؛ لأنه في معنى الأمر به، وعن محمد: أنه لا يحنث.

(وبالفعل)؛ كسوق المهر ونحوه (.. لا يحنث).

وفي «قاضي خان»: ولو زوج الحالفَ فضوليٌّ:

فإن كان عقد الفضولي قبل اليمين، وأجاز الحالف بعد اليمين بالقول، أو بالفعل.. لا يحنث الحالف؛ لأن الإجازة تستند إلى حالة العقد، فيصير الحالف متزوجاً قبل اليمين.. فلا يحنث.

وَفِي: لَا يُزَوِّجُ عبدَهُ، أَو أمتَهُ.. يَحْنَثُ بِالتَّوْكِيلِ، وَالْإِجَازَةِ.

وَكَذَا فِي ابْنِهِ وابنَتِهِ الصَّغيرَينِ.

وَفِي الكبيرَينِ: لَا يَحْنَثُ إِلّا بالْمُبَاشَرَة.

وإن كان عقد الفضولي بعد اليمين.. لا يحنث ما لم يجز؛ فإذا أجاز:

فإن أجاز بالقول.. حنث، هو المختار، وعند البعض: لا يحنث وهو رواية عن محمّد، وعنه: أنه لا يحنث بنكاح الوكيل أيضاً.

وإن أجاز بالفعل: كسوق مهر وما أشبه ذلك.. روى ابن سماعة عن محمد: أنه لا يحنث، وعليه أكثر المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي وإسماعيل الزاهدي.

وقال بعضهم: يحنث، والفتوى على قول الأكثر.

ولو زوجه الفضولي نكاحاً فاسداً بعد اليمين فأجاز الحالف بالقول أو بالفعل.. لا يحنث، ولا تنحل اليمين، حتى لو تزوج بعد ذلك نكاحاً جائزاً.. يحنث؛ لأن الحالف نفسه لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً.. لا يحنث، فالأولى منه بالإجازة.

(وفي: لا يزوج عبده أو أمته.. يحنث بالتوكيل والإجازة) أطلقه فشمل الإجازة بالقول وبالفعل، لكن خصه في «قاضي خان» بالقول.

ثم الظاهر منه: أن لا فرق بين التزويج والتزوج في كون الحالف حانثاً بتوكيلهما، وهو الظاهر من «شرح المنظومة» على ما قدّمناه، فارجع إليه.

(وكذا في ابنه وابنته الصغيرين)، والأمة نظير الصغيرة على ما ذكرناه.

(وفي الكبيرين.. لا يحنث إلا بالمباشرة)؛ لأنه لا يملك الأمر عليهما.

وذكر في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: أن تسليم الشفعة والإذن [٥٩٩/أ] مما يحنث فيه بالأمر، حتى لو حلف لا يسلّم الشفعة، فسكت ولم يخاصم حتّى بطلت شفعته.. لا يحنث في يمينه، وإن وكّل وكيلاً بالتسليم.. يحنث.

ولو حلف لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يبيع ويشتري فسكت.. يصير العبد مأذونا له في التجارة، ولا يحنث.

وكذا البكر: إذا حلفت أن لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستئمار.. لا تحنث.

وكذا النفقة، حتى لو حلف لا ينفق فوكّل.. حنث.

وأما الشركة.. فعن «الظهيريّة»: ولو حلف لا يعمل مع فلان قصارة فعمل مع شريك فلان.. حنث.

ولو عمل مع عبده المأذون.. لا يحنث؛ لأن كلّ واحد من الشريكين يرجع بالعهدة على صاحبه، ويصير الحالف عاملاً على المحلوف عليه وإن كان عقد الشركة نفسه لا يوجب الحقوق.

أما العبد المأذون.. فلا يرجع بالعهدة على المولى.. فلا يصير الحالف شريكاً لمولاه.

ولو حلف لا يشارك فلاناً في هذه البلدة، ثم خرجا عنها وعقدا عقد الشركة، ثم دخلاها وعملا فيها، إن كان الحالف نوى في يمينه أن لا يعقد عقد الشركة في البلدة.. لا يحنث، وإن نوى أن لا يعمل بشركة فلان.. حنث، وإن دفع أحدهما إلى صاحبه مالاً مضاربة.. فهذا والأوّل سواء؛ لأن المضاربة شركة في عرفنا.

ولو حلف لا يشارك فلاناً فشاركه بمال ابنه الصغير.. لا يحنث؛ لعدم الشركة فيه.

ولو حلف لا يشارك فلاناً، ثم دفع إلى رجل مالاً بضاعة، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فشارك ذلك الرجل مع الفلان.. يحنث الحالف؛ لأنه صار شريكاً مع الفلان؛ لأن المستبضع لا حقّ له في الربح، فكان العامل شريكاً لربّ المال، ولو كان مكان المستبضع مضارب والمسألة بحالها.. لا يحنث؛ لأن المضارب له حقّ في الربح، فكان المحلوف عليه شريكاً للمضارب لا للحالف.

وَدخُولُ اللَّامِ على البيعِ؛ كَإِن بِعْتُ لَكَ ثوباً.. **يَقْتَضِي** اخْتِصَاصَ الْفِعْلِ بالمحلوفِ عَلَيْهِ، بِأَن كَانَ بأَمْرِهِ، سَوَاءٌ كَانَ مِلكَهُ أَو لا.

وَمثلُهُ: الشِّرَاءُ، وَالْإِجَارَةُ، والصباغةُ، وَالْبناءُ.

وعَلى **الْعَيْنِ**؛ كَإِن بِعْتُ ثوباً لَك.. **يَقْتَضِي** اختصاصَها بِهِ؛ بِأَن كَانَ ملكَهُ، سَوَاءٌ أَمَرَهُ، أَو لا.

وَكَذَا دُخُولُهَا على الضَّرْبِ، وَالْأكلِ، وَالشُّربِ، وَالدُّخُولِ.

(**ودخـول الـلام**) - أي: الـلام الجـارة - (**علـى البيـع كـإن بعـت لـك ثوبـاً**)، أي: فامرأتي طالق (.. **يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه**) وهو المخاطب (**بأن كان**) - الباء لبيان الاختصاص - أي: بأن كان البيع (**بأمره**)، أي: بأمر المحلوف عليه.

(**سواء كان ملكه**)، أي: ملك المحلوف عليه (**أو لا، ومثله: الشراء، والإجارة، والصباغة، والبناء**)؛ فإنها مثل البيع في جواز النيابة عنها، فتكون مثله في الحكم المذكور أيضاً.

(و) دخولهـا (**علـى العـين كـإن بعـت ثوبـاً لـك.. يقتضـي اختصاصـها**)، أي: اختصاص العين (**به**)، أي: بالمحلوف عليه.

(**بأن كان**) العين (**ملكه**)، أي: ملك المحلوف عليه؛ (**سواء أمره، أو لا**)، أي: أمر المحلوف عليه الحالف، أو لم يأمر.

(**وكذا دخولها على الضرب والأكل والشرب والدخول**).

حاصله: أن اللام الجارة إذا اتصلت بضمير وتعقبت [٥٩٩/ب] بفعل متعد؛ فإمّا أن يتوسّط بين الفعل ومفعوله، أو يتأخر عن مفعوله.

وعلى التقديرين: فإما أن يحتمل الفعل النيابة أو لا.

فإن احتملها وتوسّط اللّام بين الفعل ومفعوله؛ نحو: إن بعت لك ثوباً، أو اشتريت لك ثوباً، أو آجرت لك داراً، وغيرها.. كانت اللام لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه؛ لأنها لإضافة متعلّقها لمدخولها وهو كاف الخطاب، فيفيد أن

الفعل مختص بالمخاطب؛ سواء كان العين ملكاً له أو لا، وذلك يفيد أن لا يستفاد الفعل إلا من جهته، وذلك إنما يكون بأمره.

وإذا باع بأمره.. يكون البيع لأجله وهو معنى لام التعليل والاختصاص.. فكان المعقود عليه أن لا يبيعه لأجله؛ فإذا باعه بأمره.. حنث؛ لوجود شرط الحنث؛ فإذا دسَّ المخاطب ثوبه، أي: أخفاه في ثياب الحالف بلا علمه فباعه مع ثيابه.. لا يكون باعه لأجله؛ لأن ذلك لا يتصور إلّا بالعلم بأمره.

وإن تأخر عن مفعوله؛ نحو: إن بعت ثوباً لك، أو اشتريت ثوباً لك، أو آجرت داراً لك.. كان لاختصاص العين، بأن يكون العين مملوكه؛ سواء كان الفعل وقع لأجله، أو لم يقع؛ لما ذكرناه من أنها لإضافة متعلّقها لمدخولها.

والظاهر: أنها تتعلق حينئذ بالعين لا بالفعل لقربها، والقرب من أسباب الترجيح.

وإن لم يحتمل النيابة: مثل ضرب الولد والأكل والشرب.. لا يفترق الحكم في الوجهين، أي: في التوسط والتأخر، بل يحنث إذا فعله؛ سواء كان بأمره، أو بغير أمره؛ لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة.. لم يكن انتقاله إلى غير الفاعل، فيكون الأمر وعدمه سواء.. فتعين أن يكون اللام لاختصاص العين به صوناً للكلام عن الإلغاء.

هذا، وقال في مسائل الأخذ والسرقة والغصب من كتاب الأيمان من «قاضي خان»: رجل قال: والله لا أبيع لفلان ثوباً، فباع الحالف ثوباً للمحلوف عليه ليخير صاحب الثوب.. حنث الحالف؛ أجاز المحلوف عليه، أو لم يجز.

ولو باعه الحالف وهو لا يريد بذلك أن يكون البيع للمحلوف عليه، وإنما يريد بيعه لنفسه.. لا يكون حانثاً. انتهى.

والذي ظهر منه: أن يحنث الحالف بمجرد فعله ما يحتمل النيابة في صورة توسّط اللام بين الفعل ومفعوله؛ سواء فعله بأمر المحلوف عليه، أو لا، وهذا ينافي

وَإِن نوى غَيرَهُ.. صُدِّقَ فِيمَا عَلَيْهِ.

تقييد المصنف وغيره بقولهم بأن كان بأمره. فإن قيل: كلام «قاضي خان» في اليمين بالله تعالى في تعليق الطلاق ونحوه، بدليل ما ذكره عقيب تلك المسألة: رجل قال لغيره: إن بعت لك ثوباً فعبدي حرّ، فهذا على أن يبيع ثوباً للمحلوف عليه؛ سواء كان الثوب للمحلوف عليه، أو لم يكن، ولو قال: إن بعت ثوباً لك.. فهو على أن يبيع ثوباً مملوكاً [٦٠٠/أ] للمحلوف عليه. انتهى.

وكلام غيره في تعليق الطلاق ونحوه.

قلت: هكذا أجاب عنه صاحب «البحر» ووفق بينهما، وذكر أن ما ذكره «قاضي خان» ثانياً يؤيد هذا الحمل.

أقول: في كونه مؤيداً بحث؛ لأنه لم يذكر في المسألة الثانية لزوم الأمر من المحلوف عليه حتى يكون مؤيداً لهذا الحمل.

ثم ذكر صاحب «البحر» نقلاً عن «المحيط» أن ما ذكره «قاضي خان» رواية ابن سماعة، وما ذكره القوم من التقييد بلزوم الأمر رواية «الجامع الصغير»، فيكون في المسألة روايتان، وهذا جواب حسن.

هذا وقد وجدت في بعض نسخ «قاضي خان» في المسألة الثانية مصرّحاً بلفظ الأمر؛ حيث قال فيها: فهذا على أن يبيع ثوباً بأمر المحلوف عليه، فعلى هذه النسخة.. يكون مؤيّداً للحمل المذكور بلا شبهة.

(وإن نوى غيره.. صدق فيما عليه)؛ أي: إن نوى خلاف ما اقتضاه ظاهر كلامه.. يصدّق فيما فيه تشديد على نفسه ديانةً وقضاءً، وفيما فيه تخفيف يصدق ديانةً لا قضاءً.

فإن نوى بقوله: إن بعت لك ثوباً: إن بعت ثوبا لك.. يصدق ديانةً وقضاءً فيما إذا باع ثوباً مملوكاً للمخاطب بغير أمره.. يحنث؛ لما فيه من التشديد عليه، وأما لو باع ثوباً مملوكاً لغير المخاطب بأمر المخاطب وقال: كنت نويت بقولي: إن بعت

وَفِي: إِنْ بِعتُهُ، أو إن اشتريتُهُ فَهُوَ حرٌّ، فعقدَ بِالْخِيَارِ.. عَتَقَ.

لك ثوباً: إن بعت ثوباً لك.. يصدق فيهما؛ فيما إذا باع ثوباً مملوكاً لغير المخاطب بأمر المخاطب، ويحنث؛ لما فيه من التشديد عليه، ولو باع ثوباً مملوكاً للمخاطب بغير أمره.. يصدّق ديانةً لا قضاء؛ لما ذكرناه.

(وفي: **إن بعته أو إن اشتريته فهو حرّ، فعقد بالخيار**) للبائع، أو للمشتري (..عتق) لوجود الشرط وهو البيع والشراء، والملك فيه قائم؛ لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق، وخيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك عندهما.

وأما عند أبي حنيفة.. فلأنّ هذا العتق معلّق بالشراء لا بالملك، والمعلق كالمنجز، ولو نجز العتق بعد الشراء بالخيار.. انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق، فكذا إذا علّق احتياطاً في تعجيل العتق، قيّد بالخيار؛ لأنه لو باعه باتاً.. لا يعتق؛ لأن البيع كما تم.. زال الملك، فلم يبق محلاً لنزول الجزاء.

فإن قيل: إن البيع بالخيار غير مفيد لحكمه - أعني: ثبوت الملك للمشتري - فلو كان كافياً لوقوع ما علّق به من العتق.. لكان النكاح أيضاً كذلك؛ فإذا علّق العتق بالنكاح وقد وجد النكاح فاسداً.. وجب أن ينزل الجزاء، وليس كذلك.

أجيب: بأن جواز البيع ليس مع المنافي، وجواز النكاح مع المنافي؛ لأنه رق والإنسانية تنافيه؛ فإذا كان النكاح فاسداً.. اعتضد فساده بما يخالف الدليل، فيترجح جانب العدم.. فصار كأن لم يكن.

بخلاف البيع؛ لأنه موافق للدليل فكان [٦٠٠/ب] موجوداً بالإيجاب والقبول وإن لم يفد الحكم.

وفي «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»: إذا قال: إن اشتريت فلاناً فهو حرّ، فاشتراه لغيره، هل تنحل يمينه؟

لم يذكر محمد هذه المسألة في شيء من الكتب، وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال: لقائل أن يقول: تنحل يمينه، ولقائل أن يقول: لا تنحل يمينه، وهو

وَكَذَا لَو عَقَدَ بالفاسِدِ ....

الأشبه؛ لأنه إنما يراد بمثل هذه اليمين عرفاً: الشراء لنفسه لا الشراء لغيره؛ فكأنه قال: إن اشتريته لنفسي.. فأنت حرّ، ولو صرّح بذلك واشتراه لغيره.. لا تنحل يمينه، فكذا هذا.

وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما إذا قال لامرأته: إن اشتريت غلاماً فأنت طالق، فاشتراه لغيره.. تنحل يمينه؛ لأن هناك لم يوجد ما يدلّ على إرادته الشراء لنفسه؛ لأن الطلاق من قبل الحالف.. يقع على امرأته؛ اشتراه لنفسه أو لغيره.

أما هنا: بخلافه؛ لأن العتق من قبل الحالف لا يقع إلا بالشراء لنفسه. انتهى.

(**وكذا لو عقد**)، أي: البيع والشراء (**بالفاسد**)، حلف إن بعته فهو حرّ، فباعه فاسداً؛ فإن كان العبد في يد البائع، أو في يد غيره بأمانة، أو رهن.. يعتق عليه؛ لعدم زوال ملكه بعد.

وإن كان في يد المشتري حاضراً عنده أو غائباً مضموناً بنفسه.. لا يعتق عليه؛ لأنه زال ملكه عنه.

ولو حلف إن اشتريته فهو حرّ، فاشتراه فاسداً؛ فإن كان في يد البائع.. لا يعتق عليه؛ لأنه على ملك البائع بعد؛ لعدم القبض.

وإن كان في يد المشتري وكان حاضراً عنده وقت العقد.. يعتق؛ لوجود القبض، فيدخل في ملكه.

وإن كان غائباً في بيته أو نحوه؛ فإن كان مضموناً بنفسه كالمغصوب.. يعتق؛ لأنه ملكه بنفس الشراء.

وإن كان أمانة، أو مضموناً بغيره؛ كالرهن.. لا يعتق؛ لعدم القبض.

وعن أبي يوسف: أنه لا يحنث بالفاسد، ولا بما فيه خيار لأحدهما أصلاً؛ لأن الفاسد ناقص ذاتاً، لا يفيد الملك حالاً، ولا بعد القبض على الكمال؛ لأنه لا يفيد الحل، فلم يتحقق الشرط من كلّ وجه، وشرط الخيار يمنع تعلّق الاستحقاق بالعقد.

أَوِ الْمَوْقُوفِ.

وَلَو بِالْبَاطِلِ.. لَا يَعْتِقُ.

وَفِي إِن لم أَبِعْهُ فَكَذَا، فَأَعْتَقَهُ أَو دبَّرَهُ.. حَنِثَ.

قلنا: إنه كامل ذاتاً؛ لوجود الأهلية والركن والمحل، وتخلف الحكم من الملك والحلّ لا يضرّ؛ كالهبة وشراء أخته من الرضاع، وأثر الشرط في الحكم لا في العقد.

(أو) بالبيع (الموقوف)، صورته: فيما إذا كان الحالف هو البائع، حلف إن بعته فهو حر، فباعه لشخص غائب فقبل عنه فضوليّ.. يعتق عليه العبد؛ لوجود الشرط.

وفيما إذا كان الحالف هو المشتري: حلف إن اشتريته فهو حرّ، فاشتراه فضولي.. حنث بالشراء منه عند إجازة البائع، فيعتق عليه العبد؛ لوجود الشرط، كذا في «البحر»، ويخالف ما في «التبيين».

وأما إذا حلف لا يشتري أو لا يبيع، فاشترى أو باع موقوفاً.. فإنه يحنث في يمينه قبل الإجازة.

وما [٦٠١/أ] في «المحيط» أيضاً حيث قال: حلف لا يشتري اليوم شيئاً، فاشترى عبداً بخمر أو خنزير، قبض أو لم يقبض، أو اشترى عيناًلم يأمره صاحبه بالبيع.. حنث قبل إجازة صاحبه؛ لأن هذا بيع فاسد، والبيع الفاسد: بيع حقيقة.

وكذا لو اشترى بالدين؛ لأنه مال، ولو اشتراه بدم أو ميتة.. لا يحنث؛ لأنه ليس ببيع؛ لعدم المال، بخلاف الخمر والخنزير؛ لأنها مال، وإن لم يكن متقوّماً.

(ولو بالباطل.. لا يعتق)؛ لعدم وجود الشرط؛ لأن الباطل ليس ببيع وشراء أصلاً، وبيان البيع الباطل والفاسد سيأتي في بابه.

(وفي: إن لم أبعه فكذا)، أي: فامرأتي طالق، (فأعتقه أو دبّره)، أي تدبيراً مطلقاً (.. حنث).

وكذا لو كاتبه؛ لأنه تحقق شرط الحنث وهو عدم البيع لفوات محلّ البيع بالإعتاق والتدبير والكتابة.

فإن قيل: المدبّر يجوز بيعه إذا قضى القاضي، فلا يفوت محلية البيع فيه.

أجيب عنه: بأن الكلام في المدبّر ما دام مدبّراً، وإذا قضى القاضي بجواز بيع المدبر فببيعه ينفسخ التدبير، ويقع البيع على القنّ، وفوات المحلية ببقاء التدبير، والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية.

فكان الواجب: أن لا يقع الطلاق، فالأولى أن يقال: بيع المدبر لا يجوز.

فالظاهر: أن المسلم لا يقدم عليه؛ فإن أقدم.. فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز مع ذلك.

فالأصل: عدم ما يحدث، فكان عدم فوات المحلّية بناءً على جواز القضاء ببيعه مخالفاً للظاهر من كل وجه.. فلا يكون معتبراً. انتهى.

أقول: إن أراد بيع المدبر لا يجوز بالاتفاق.. ممنوع، لجوازه عند الشافعية، وإن أراد أنه لا يجوز عند الحنفي.. فهو مسلم؛ لكنه غير مفيد؛ لأن جواز القضاء ببيعه عند الخصم ليس مخالفاً للظاهرمن كلّ وجه.

قيّدنا التّدبير بالمطلق؛ لأنه لو كان مقيداً.. لا يحنث به على ما أشار إليه في «فتح القدير».

ولم يذكر الأمة، وقد ذكرها في «الهداية»؛ لعدم الفرق بينها وبين العبد؛ فإنه لو قال: إن لم أبعها فامرأتي طالق، فأعتقها أو دبّرها.. حنث.

واعترض عليه في «العناية»: بأنها يجوز أن ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب، فلا تفوت محلية البيع فيها.

ثم أجاب عنه بقوله: بأن من مشايخنا من قال: لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيع الأمة باعتبار هذا الاحتمال.

والصحيح: أنها تطلق؛ لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بإعتاقها، أو تدبيرها. انتهى.

قَالَت: تزوَّجتَ عليَّ.. فَقَالَ: كلُّ امْرَأَةٍ لي طَالِقٌ.. طلقت هِيَ أَيْضاً، إِلّا فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ.

ولا يخفى عليك أن هذا الاعتراض وارد على العبد أيضاً؛ فإنه يجوز أن يرتد، ويلحق بدار الحرب بعد إعتاقه، أو تدبيره، ثم يسبى ويأخذ.. فالجواب: الجواب.

ولم يذكر أيضاً حال الكتابة؛ يعني: لو قال: إن لم أبعه.. فكذا، فكاتبه.

والذي يقتضيه النظر: أنه يحنث لتحقق شرط الحنث أيضاً وهو عدم البيع؛ لفوات البيع [٦٠١/ب] بالكتابة.

فإن قيل: يجوز بيعه إذا عجَّز نفسه، وأجاز بيعه؛ لأنه رق ما بقي درهم.

قلنا: إن الكلام في المكاتب ما دام مكاتباً؛ كما مر في المدبر.

(**قالت: تزوجت عليّ، فقال**) الزوج: إن تزوجت عليك (**كل امرأة لي طالق.. طلقت هي أيضاً، إلا في رواية عن أبي يوسف**)، واختاره شمس الأئمة السرخسي وكثير من المشايخ.

له: أن الكلام خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال؛ فكأنه قال: كل امرأة لي غيرك دلالةً، ولأن غرضه إرضاؤها لا إيحاشها بالطلاق، وإنما تكون راضية بطلاق غيرها، فيتقيد به.

وجه ظاهر الرواية: أن اللفظ عامٌ ولا مخصِّص متيقنٌ؛ لأنه لو كان.. لكان غرضه إرضاؤها، وجاز كون غرضه إيحاشها؛ لاعتراضها عليه فيما أحلّ الله له، فكان محتملاً لكل من الأمرين.

فالحكم بمعين.. تحكم؛ ولأنه زاد على قدر الجواب؛ إذ يكفيه أن يقول: إن كنت فعلت ذلك.. فهي طالق، فلما لم يقتصر.. جعل مبتدئاً تحرزاً عن الإلغاء.

هذا، أقول: الأولى تحكيم الحال على ما صرّح به في «العناية» عزواً إلى «الذخيرة»، وذلك إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه.. يقع الطلاق عليها أيضاً؛ عملاً بعموم اللفظ مع قرينة الحال، وإن لم يكن بينهما

وَإِن نوى غَيرَهَا.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً.

وَمن قَالَ: عليَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيتِ اللهِ أَو إِلَى الْكَعْبَةِ.. لزمَهُ حجٌّ أَو عمْرَةٌ مشياً؛ ....

مشاجرة.. لا يقع الطلاق؛ كما قال أبو يوسف؛ لأن الأصل عدم ما يحدث، والعام قد يخصّص باعتبار الأحوال والقرائن.

ألا ترى إلى ما في «قاضي خان» و«فتح القدير»: أنه قال: لي إليك حاجة أتقضيها؟ فقال: نعم، وحلف على ذلك بالطّلاق والعتاق، قال: حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثاً.. له أن لا يصدقه في قوله هذا؛ لأنه متهم، فجاز تخصيص العام في مقام التهمة وهو الحاجة ههنا.

ولو حلف ليطيعنَّه في كل ما يأمره به ينهاه عنه، ثم نهاه عن جماع امرأته، فجامعها الحالف.. لا يحنث؛ لأنه متهم في نهيه عنه فيخصّص، إلا إن كان ما يدل على قصده إلى ذلك عند تحليفه على الطاعة؛ لأن النّاس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة، كما لا يريدون النهي عن الأكل والشرب.

حلف لا يطلق امرأته.. فشمل كلّ طلاق يضاف إليه، حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الإيلاء.. يحنث، لا ما لا يضاف إليه.. فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان، ولا بإجازة خلع الفضولي بالفعل، ويحنث لو أجازه بالقول.

(**وإن نوى غيرها**)، أي: غير تلك المرأة (.. **صدق ديانة**)؛ لأنه مما يحتمله كلامه، (**لا قضاء**)؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأنه تخصيص العام.

(**ومن قال: عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة.. لزمه حج أو عمرة مشياً**)؛ سواء كان القائل في الكعبة، أو غيرها؛ فإن لم يكن فيها.. فظاهر، وإن كان فيها واختار الحج.. يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشياً، وإن اختار العمرة.. يخرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة، واختلفوا في الخروج إلى التنعيم:

فَإِن ركبَ.. فَعَلَيهِ دمٌ.

قال بعضهم: يجوز له أن [٦٠٢/أ] يركب وقت الرواح إلى التنعيم؛ لأن الرواح إليه ليس بمشي إلى بيت الله تعالى، وإنما المشي إليه وقت الرجوع منه.

وقال بعضهم: يمشي وقت الرّواح أيضاً؛ لأن الرواح إليه للإحرام.. فكان ماشياً إلى بيت الله تعالى.

(**فإن ركب.. فعليه دم**)، والقياس: أن لا يلزمه بهذا النذر شيء من الحج أو العمرة أو الدم؛ لأنه التزام ما ليس بقربة واجبة، ولا مقصودة لذاته؛ لأن المشي أمر مباح، والمقصود شيء آخر لا نفسه، ولكنا تركناه بالأثر والعرف:

أما الأثر: فما روي عن علي: من جعل على نفسه الحج ماشياً.. حجّ وركب وذبح شاة، رواه محمد في «الأصل».

فإن قيل: هذا المروي غير مطابق لما نحن فيه؛ لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير اللفظ المذكور، وليس الكلام فيه.

قلنا: هذا احتمال يدفعه ما روي عن علي أيضاً: أنه قال في جواب هذه المسألة: إن عليه حجة، أو عمرة؛ لأن بعض الرواية يفسّر بعضاً.

وأما العرف: فلأن الناس متعارفون إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ، فصار كما إذا قال: عليّ زيارة البيت ماشياً.. فيلزمه ماشياً، وإن ركب وأراق دماً.. فله ذلك.

فإن قيل: أن إيجاب الحج، أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب.

ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها؛ فإذا كان مجازاً لالتزام الحج أو العمرة.. كان اللفظ غير منظور إليه؛ كما إذا نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة.. فحينئذٍ ينبغي أن لا يلزمه المشي في طريق الحج؛ كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه، وإنما يجب إهداء الثوب إلى مكة لكون اللفظ عبارة عنه.

وَلَو قَالَ: عليَّ الْخُرُوجُ أَو الذّهابُ إِلَى بَيتِ اللهِ تعالى أَو الْمَشْيُ إِلَى الصَّفَا والْمَرْوَة.. لَا يلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَكَذَا لَو قَالَ: عليَّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ أَو إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، خلافاً لَهما.

وَفِي: عَبدُهُ حرٌّ إِن لم يحجَّ الْعَامَ، فشهدا بِكَوْنِهِ يَوْمَ النَّحْرِ بكوفةَ.. لَا يَعْتِقُ ....

أجيب عنه: بأن للحج ماشياً فضيلة ليست له راكباً على ما ذكر في «الآثار»، فاعتبر لفظه: لإيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة، ومعناه: في إيجاب الحج أو العمرة؛ لإجماعهم على ذلك المتعارف.

ورد: بأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

فالأولى في الجواب أن يقال: إن هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشياً.. فيلزمه ماشياً، لا لأن حقيقته مرادة بلفظه، ومجازه مراد بمعناه، حتى يلزم الجمع بين حقيقته ومجازه.

(**ولو قال: عليّ الخروج، أو الذهاب إلى بيت الله تعالى، أو المشي إلى الصفا والمروة.. لا يلزمه شيء**)، وكذا لو قال: عليّ السعي، أو السفر، أو الركوب، أو الإتيان إلى بيت الله تعالى.. لا يلزمه شيء؛ لعدم الأثر والعرف في هذه الألفاظ، فكان باقياً على القياس.

(**وكذا لو قال: عليّ المشي إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام**) هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن الحرم شامل على البيت، وكذا المسجد الحرام، فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا والمروة؛ لأنهما منفصلان عنه.

ولأبي حنيفة: أن التزام الإحرام بهذه العبارة ليس بمتعارف، ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ وهو ظاهر.. فامتنع أصلاً [٦٠٢/ب].

(**وفي عبده حر إن لم يحج العام، فشهدا بكونه يوم النحر بكوفة.. لا يعتق**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

خلافاً لِمُحَمَّدٍ.

(**خلافاً لمحمّد**)، قال: إنّه يعتق؛ لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد، وهو التضحية، ومن ضرورية انتفاء الحج ذلك العام، فيتحقق الشرط، فينزل الجزاء.

ولهما: أنها قامت على النفي معنى؛ لأن المقصود منها: نفي الحج لا إثبات التضحية؛ فإن الشهادة على التضحية غير مقبولة؛ لأن المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه؛ لأن العتق لم يعلق بها، وما لا مطالب له.. لا يدخل تحت القضاء، وإذا بطلت الشهادة على التضحية.. بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصوداً، والشهادة على النفي باطلة.

فإن قيل: لا نسلم أنها مطلقاً باطلة، بل النفي إذا كان مما يعلم ويحيط به علم الشاهد.. صحت الشهادة عليه بدليل ما ذكر في «السير الكبير»: شهدا على رجل أنه قال: المسيح ابن الله، ولم يقل قول النصارى، والرجل يقول: وصلت به ذلك.. قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته، وإن قامت على نفي؛ لإحاطة علم الشاهد به.

قلنا: لا نسلم أن ما نحن فيه نفي يحيط به علم الشاهد، ولو سلم ذلك.. لكنه لا يميزُ بين نفي ونفي في عدم قبول الشهادة عليه، بأن يقول: النفي إذا كان كذا.. صحت الشهادة عليه، وإذا كان كذا.. لا يصح؛ تيسيراً ودفعاً للحرج اللازم في تمييز نفي عن نفي، كذا في «الهداية».

وأما مسألة «السير الكبير»: فالقبول فيها باعتبار أنها شهادة على سكوت الزوج عقيب قول المسيح ابن الله، والسكوت أمر وجوديّ، فصار كشهود الإرث، إذا قالوا: نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثاً له؛ حيث يعطى له كل التركة؛ لأنها شهادة على الإرث والنفي في ضمنه، والإرث مما يدخل تحت القضاء.

وأما النحر فيما نحن فيه وإن كان وجوديّاً ونفي الحج في ضمنه.. لكنه لا يدخل تحت القضاء على ما ذكرناه، فكانت الشهادة عليه كالعدم في حقه، فبقي النفي هو المقصود بها.. فلا تقبل الشهادة عليه.

فإن قيل: قد ذكر في «المبسوط»: أن الشهادة على النفي مقبولة في الشروط، حتى لو قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرّ، فشهدا أنه لم يدخلها.. قبلت، ويقضى بعتقه، وما نحن فيه: من قبيل الشروط.

أجيب عنه: بأنها قامت بأمر ثابت معاين، وهو كونه خارجاً من الدار، فيثبت النفي ضمناً في مسألة «المبسوط».

ورد عليه في «فتح القدير»: بأن العبد كما لا حق له في التضحية إذا لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها.. كذلك لا حق له في الخروج من الدار؛ لأنه لم يجعل الشرط، بل عدم الدخول في مسألة «المبسوط».. كعدم الحج في مسألتنا، فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدّعى به من [٦٠٣/أ] النفي المجعول شرطاً.. قبلت الشهادة عليه، وإن كان غير مدعى به لتضمنه المدّعى به كذلك.. يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة لنفي المدعى به، فقول محمد أوجه. انتهى.

فإن قيل: إنّ عدم الدّخول هو الخروج؛ لعدم الواسطة بينهما.. فله حق في الخروج.

فالجواب: منع الاتحاد بينهما، كيف وإن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وهو أمر وجودي.. فلا يتحد مع أمر عدميّ؟

ولو حلف لا يخرج من هذه الدّار وهو خارج.. لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج، ولو كان الخروج عبارة عن عدم الدخول.. لزم أن يحنث بلا حاجة إلى الدخول ثم الخروج.

هذا، واعلم: أنهم ذكروا أن شهادة النفي غير مقبولة إلا في مسائل عشرة:

فيما إذا علّق طلاقها عدم شيء فشهدا بالعدم وهو مسألة «المبسوط».

وفيما إذا شهدا أنه أسلم ولم يستثن.

وَفِي: لَا يَصُومُ، فصَامَ سَاعَةً بنيةٍ.. حَنِثَ.

وَإِن ضمَّ صوماً، أَو يَوْماً.. لَا، مَا لم يتمَّ يَوْماً.

وفيما إذا شهدا أنه قال: المسيح ابن الله، ولم يقل: «قول النصارى»، وهو مسألة «السير الكبير».

وفيما إذا شهدا بنتاج الدابة عنده ولم تزل على ملكه.

وفيما إذا شهدا بخلع، أو طلاق ولم يستثن.

وفيما إذا أمّن الإمام أهل مدنية فشهدا على أنّ هؤلاء لم يكونوا فيها وقت الأمان.

وفيما إذا شهدا أن الأجل لم يذكر في عقد السّلم.

وفي الإرث إذا قالوا: لا وارث له غيره.

وفيما إذا شهدا أنها أرضعت الصبي بلبن شاة لا بلبن نفسها.

وفيما إذا كان النفي متواتراً، وهذا؛ لأنه إذا كان متواتراً.. يحيط به علم الشاهد، وهو مخالف لما ذكرناه من «الهداية» من أنه لا فرق بين نفي ونفي في عدم القبول؛ تيسيراً على الناس.

(**وفي: لا يصوم، فصام ساعة بنية.. حنث**) بصومه ساعة وإن كان قد أفطر بعد ساعة؛ لوجود شرط الحنث وهو الصّوم؛ لأن الصّوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب، وقد وجد ذلك.

(**وإن ضمّ: صوماً، أو يوماً**) بأن يقول: لا يصوم صوماً، أو يوماً (**.. لا**) يحنث بإمساك ساعة (**ما لم يتم يوماً**)؛ أما في: «يوماً».. فظاهر؛ لأنه صريح في تقدير المدة به، وأما في: «صوماً».. فلأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعاً.

فلذا قلنا: لو قال: لله علي صوم رجب.. عليه صوم يوم كامل بالإجماع، وكذا لو قال: علي صلاة.. يجب ركعتان على ما سيذكره.

فإن قيل: المصدر مذكور بذكر الفعل في «لا يصوم»، فلا فرق بين قوله: «لا

يصوم» وبين قوله: «لا يصوم صوماً»، فينبغي شمول العدم، أو شمول الوجود، لكن عدم الحنث بصوم ساعة في: «لا يصوم صوماً» مما لا شك فيه.. فينبغي أن لا يحنث في: «لا يصوم» أيضاً، وهو شمول العدم.

فالجواب على ما بين في «الأصول»: الثابت في ضمن الفعل ضروري، ولا يظهر أثره في غير تحقيق [٦٠٣/ب] الفعل، بخلاف الصريح؛ فإنه اختياري، يترتب عليه حكم المطلق.. فيوجب الكمال، قيد بقوله: «يوماً»؛ لأنه لو حلف ليصومنّ هذا اليوم، وكان ذلك بعد أن أكل، أو بعد الزوال.. صحّت اليمين ولزمه الصوم في الحال، مع أنه مقرون بذكر اليوم، ولا كمال؛ لأن اليمين تعتمد التصور، والصوم بعد الزوال والأكل متصوّر؛ كما في صورة الناسي، وهو كما قال لامرأته: إن لم تصلّ اليوم فأنت طالق، فحاضت من ساعتها، أو بعدما صلّت ركعة.. صحّت اليمين وطلقت في الحال؛ لأن الصلاة من الحائض متصور؛ لأن ورود الدم لا يمنع؛ كما في المستحاضة، إلا أنها لم تشرع مع ورود دم هو حيض، ففات شرط أدائه، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن محلّ الفعل وهو الماء غير قائم أصلاً، فلا يتصور بوجه على ما مرّ بيانه.

قال في «فتح القدير»: إنّ هاتين المسألتين مشكلتان على قول أبي حنيفة ومحمّد: من أن تصور البرّ شرط صحة الحلف عندهما على ما تقدم؛ لأن تصوّر البر في هاتين المسألتين منتف شرعاً، وكونه ممكناً في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة.. لا يفيد.

فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلاً شرعاً.. لم يتصور الفعل المحلوف عليه؛ لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصّلاة الشرعيين.

وأما على قول أبي يوسف: فظاهر أنهما ينعقدان، ثم يحنث.

ثم اعلم: أن مسألة الكتاب - أعني: «لا يصوم» فصام ساعة بنية.. حنث - مشكل، بما يذكره التمرتاشي: من أنه حلف لا يصوم.. فهو على الجائز؛ لأنه

وَفِي: لَا يُصَلِّي.. يَحْنَثُ إِذا سجدَ سَجْدَةً، ....

لتعظيم الله تعالى، وذلك لا يحصل بالفاسد، إلا إذا كان اليمين في الماضي - أي: حلف ما صمت وكان قد صام - فاسدة؛ لأن الظاهر منه: أنه لا يحنث بصوم ساعة.

وفي «فتح القدير»: والأصحّ: ما ذكره المصنف؛ لأنه نصّ عليه محمد في «الجامع الصغير»، لكنه ذكر في «البحر» نقلا عن «المبتغى»: أنه إذا قال لامرأته: إن لم تصلّ صلاة الفجر غداً فأنت طالق، فحاضت بكرة.. لا يحنث على الأصحّ، فهذا مؤيّد لقول التّمرتاشي.

(وفي: لا يصلّي.. يحنث إذا سجد سجدة) ثم قطع.

والقياس على الصوم: أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم.

وجه الاستحسان: أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود، فما لم يتم جميعها.. لا تسمّى صلاة، بخلاف الصوم؛ فإنه ركن واحد ممتد من مبدأ إلى منتهى، وهو الإمساك المخصوص، ويتكرر في كل جزء.

وهذا مشكل بما ذكره التمرتاشي: حلف لا يصلّي.. يقع على الجائز كما تقدم في الصوم، فلا يحنث بالفاسد، إلا إذا كان اليمين في الماضي - أي: حلف ما صلّيت وكان صلّى - فاسدة؛ لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها، ويصح الخبر عن الفاسدة [٦٠٤/أ]، اللهمّ، إلا أن يراد بالفاسد: أن يكون بغير طهارة، كذا في «فتح القدير».

يعني: أنّ المراد بالفاسدة ما لا يوصف منها شيء بوصف الصحة بوقت، بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح.

ثم أيّده بما ذكره من «الذخيرة» وهو قوله: لو حلف لا يصلّي فصلّى صلاة فاسدة بأن صلّى بغير طهارة مثلاً.. لا يحنث استحساناً؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض.. فعلى هذا يستقيم القول

بأنه يحنث إذا سجد سجدة، ثم قطع؛ لأن شروعه ابتداء صحيح، ثم أفسدها، وهل يصدّق لو نوى الفاسدة بقوله: «لا يصلّي»؟

فعن «الذخيرة»: أنه يصدّق ديانةً وقضاءً؛ لأن الفاسدة صلاة صورة، وإطلاق الاسم على صورته مجازاً جائز، فقد نوى ما يحتمله لفظه، وفيه تغليظ على نفسه؛ لأنه مع هذا يحنث بالصحيحة أيضاً.

فإن قيل: إن هذا من قبيل الجمع بين الحقيقة والمجاز.

قلنا: ممنوع، وإنما طريقه أن في الصّحيحة ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث.. فلا يمنع الحنث لوجود شرطه، ولو كان عقد يمينه على الماضي، بأن قال: إن كنت صلّيت.. فهي على الجائزة والفاسدة؛ لأنه إخبار عن الماضية.. فيصلح الإخبار عن الصحيحة والفاسدة.

فإن قيل: إن شرط الحنث هو الصلاة ولو فاسدة، ومن أركان الصلاة: القعدة ولم توجد في الركعة الواحدة، فكيف يحنث بها مع فقدان شرط الحنث؟

أجيب: بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة، ولا يخفى عليك أن هذا الجواب مبنيّ على توقّف الحنث على رفع الرأس منها، وفيه اختلاف المشايخ.

وفي «فتح القدير»: والحق: أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على ما مر في سجود السّهو.

والأوجه: أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض ولو سلّم توقفه عليه، ولكن تلك القعدة ليست بركن حقيقي، والأركان الحقيقية هي الخمسة، والقعدة ركن زائد، وإنما وجبت للختم.. فلا تعتبر ركناً في حق الحنث. انتهى.

وقد قالوا: إن الأركان الأصلية للصّلاة ثلاثة: القيام والركوع والسجود.

لَا قبلَهُ.

وَإِن ضمَّ: «صَلَاةً» فَبشفعٍ، لَا بِأَقَلَّ.

وأما القراءة: فركن زائد والتحريمة شرط ولذا قال في «الظهيرية».. ولو حلف لا يصلّي فقام وركع وسجد ولم يقرأ، قيل: يحنث، وقيل: لا يحنث.

(لا قبله)؛ لعدم تمام الصلاة قبله بالاتفاق.

(**وإن ضم صلاة**) بأن يقول: «لا يصلي صلاة» (.. **فبشفع لا بأقلّ**)؛ لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً، وأقلّها: ركعتان؛ للنهي عن البتيراء.

ويتفرع على هذا: ما ذكر في «الذخيرة»: قال لعبده: إن صليت ركعة فأنت حرّ، فصلّى ركعة، ثم تكلم.. لا يعتق، ولو صلى ركعتين.. عتق بالركعة الأولى؛ لأنه في الصورة الأولى ما صلّى ركعة [٦٠٤/ب]؛ لأنها بتيراء، بخلاف الثانية.

واختلفوا في أنه إذا حلف لا يصلّي صلاة.. فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين؟

قيل: نعم، وقيل: لا.

وفي «فتح القدير»: والأظهر: أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة.. يحنث قبل القعدة، وإن عقدها على الفرض؛ كصلاة الصّبح، أو ركعتي الفجر.. ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد. انتهى.

ويخالفه ما ذكره في «البحر» نقلاً عن «الظهيرية» قال: والأظهر: أنه إن عقد يمينه على مجرّد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة.. لا يحنث قبل القعدة، وإن عقدها على الفرض وهو من ذوات المثنى.. فكذلك لا يحنث حتى يقعد، وإن كان من ذوات الأربع.. يحنث، ولو حلف لا يصلي الظهر.. لا يحنث حتى يتشهد بعد الأربع. انتهى.

هكذا ذكره في «الخلاصة»، وقال: وهو الأشبه.

وَفِي: «إِن لبستُ مِن غزلِكِ فَهُوَ هدي»، فَملك قطناً فغزلتْهُ ونُسِجَ فلبِسَهُ.. فَهُوَ هديٌ، خلافاً لَهما.

وفيها أيضاً: لو حلف يصلّي بأهل هذا المسجد ما دام فلان حيّاً يصلّي، فمرض فلان ثلاثة أيّام ولم يصلّ فيه، أو كان صحيحاً، فلم يصلّ فيه ثلاثة أيّام.. فإنه لم يحنث الحالف إذا صلّى بهم؛ لأنه لم يدم.

حلف لا يصلّي خلف فلان، فقام عن يمينه وصلّى.. يحنث إن لم يكن له نية، وإن كان نوى أن يكون خلفه حقيقة.. لا يديّن قضاء.

ولو قال: والله لا أصلي معك، فصليا خلف إمام.. يحنث، إلا إذا نوى الصلاة معه وليس معهما غيره.

حلف لا يؤمّ أحداً، فافتتح الصلاة لنفسه، يعني: نوى أن لا يؤم أحداً فجاء قوم واقتدوا به.. حنث قضاءً لا ديانة إذا ركع وسجد.

وكذا لو صلّى الحالف بالناس يوم الجمعة، ونوى أن يصلّي الجمعة لنفسه.. جازت الجمعة له ولهم استحساناً، وحنث قضاءً لا ديانةً، ولو شهد في غير الجمعة قبل أن يدخل في الصلاة أنه يصلّي لنفسه.. لم يحنث ديانةً وقضاءً. انتهى.

وذكر في بحث الاقتداء من صلاة «البحر» ما يخالف هذا، فلا تغفل.

(**وفي إن لبست من غزلك فهو هدي**)، أي: صدقة أتصدّق بها على فقراء مكة، وهو معنى الهدى (**فملك**)، أي: ملك الحالف (**قطناً**) أو كتاناً بعد وقت الحلف؛ لأن حكم ما غزلته مما في ملكه وقت الحلف اتفاقي على ما سيأتي.

(**فغزلته**)، أي: الزوجة، (**ونسج**)، أي: الزوج الحالف، (**فلبسه.. فهو هدى**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: ليس عليه أن يهديه حتى يغزله من قطن ملكه وقت حلفه؛ لأن النذر إنما يصحّ:

فيما هو في ملكه، لقوله ﷺ: «لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم».

وَإِن لَبِسَ مَا غَزَلَتْ مِن قُطنٍ فِي مِلكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ.. فهديٌ بالِاتِّفَاقِ.

أو فيما يضاف إلى سبب الملك؛ مثل إن اشتريت كذا.. فهو هدي، أو فعليَّ أن أتصدّق به.

ولم يوجد شيء من ذلك ههنا؛ لأن شيئاً من اللبس المجعول شرطاً، ومن متعلّقه الذي هو غزل المرأة ليس سبباً لملكه الملبوس.. فلا ينعقد نذره فيما ملكه بعد الحلف.

ولأبي حنيفة: إن غزل المرأة عادة يكون من [٦٠٥/أ] قطن الزّوج؛ لأن العادة أن يشتري القطن في البيت وهي تغزله، فيكون المغزول مملوكاً له، والمعتاد هو المراد بالألفاظ، فالتعليق بغزلها تعليق بسبب الملك للثّوب؛ كأنه قال: إن لبست ثوباً أملكه بسبب غزلك قطنه.. فهو هدي، ولا حاجة إلى تقدير ملك القطن، ولا إلى الالتفات إليه وإن كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل، إلا إذا كان القطن مملوكاً له، وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك، أو في حال الحلف.

(وإن لبس ما غزلت من قطن في ملكه وقت الحلف.. فهدي بالاتفاق)؛ لأن نذره حينئذ يصحّ اتفاقاً؛ لكونه في ملكه.

وهذه المسألة تؤيّد قول أبي حنيفة في المسألة السابقة: من أنّ غزل المرأة سبب عاديّ لملك الزّوج المغزول، وهذا لأن كونه حانثاً في هذه المسألة مع أن القطن غير مذكور أيضاً.. ليس إلا لكون الغزل ذكر سبب الملك في المغزول؛ لأن معنى كونه سبباً كونه كلما وقع.. ثبت الحكم، وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع.. ثبت عنده ملك الزوج في المغزول، وهذا مما لا فرق بين أن يملك القطن في حال حلفه، وبين أن يملكه بعده.

والفرق لأبي حنيفة بين مسألة اللبس ههنا، وبين مسألة التسري؛ حيث لم يفرق في هذه المسألة بين كون الحالف مالكاً للقطن وقت الحلف، وبين كونه غير مالك.

وفرق في مسألة التسري بين كونه مالكاً وقت الحلف، وبين كونه مالكاً بعده على ما مرّ أن الإضافة إلى التسري ليس إضافة إلى سبب الملك؛ لأنه لا يثبت عند التسري أثراً له، بل هو متقدّم عليه، بخلاف غزل المرأة؛ فإنه سبب عاديّ على ما ترى.

وهل الفتوى في مسألتنا هذه على قول أبي حنيفة، أو على قول صاحبيه؟

ففي «فتح القدير»: والواجب في ديارنا: أن يفتى بقولهما؛ لأن المرأة لا تغزل إلّا من كتان نفسها، أو قطنها، فليس الغزل سبباً لملكه للمغزول عادة، فلا يستقيم جواب أبي حنيفة. انتهى.

فظهر منه أن الفتوى على قول أبي حنيفة في ديار تكون المرأة فيه تغزل من كتان زوجها.

ومما يتعلق بهذه المسألة: ما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزلها، فلما بلغ الذيل السرة تذكر، فلم يدخل يديه في كميه ورجلاه بعد تحت اللحاف.. يحنث.

ولو حلف لا يلبس السّراويل فأدخل إحدى رجليه.. لا يحنث، وكذا في الخفين.

حلف لا يلبس هذا القميص، أو هذا السراويل فاتزر به، أو ارتدى، أو اشتمل به.. حنث.

بخلاف ما لو قال: لا ألبس قميصاً فاتزر به، أو ارتدى.. لا يحنث استحساناً أنه حينئذ ينعقد على اللبس المعتاد.

وكذا لو قال: لا ألبس سراويل فاتزر أو ارتدى به أو تعمّم [٦٠٥/ب].. لا يحنث.

ولو وضعه على عاتقه يريد به حمله.. لا يحنث.

حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين، فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه.. لا يحنث.

وفي المعيّن بأن قال: هذا القباء.. يحنث؛ لأن في المنكر يعتبر اللبس المعتاد في القباء، وأما في المعيّن.. فلا يعتبر المعتاد من اللبس؛ لأن الأوصاف في المعيّن لغو.

قال الصدر الشهيد: واختيار الإمام الوالد الحنث في المنكر أيضاً؛ لأنه يلبس أيضاً كذلك، ولو وضع القباء على اللّحاف ونام تحته؛ قيل: لا يحنث، وهو المروي عن شمس الإسلام.

وقيل: يحنث، وهو المروي عن الإمام الأستاد.

وفي «المحيط»: أراد باللّحاف الذي يستر دون الدثار، والمراد بالدثار: ما يلبس فوق القميص وهو الشعار، وهذا لأنه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم.. يحنث على ما صرّح به في «الفتاوى».

حلف لا يلبس هذا الثوب، فألقي عليه وهو نائم؛ قال محمّد: أخشى عليه الحنث، والمختار: خلافه؛ لأنه ملبس لا لابس، ولو انتبه ووجد حرارة الثوب فألقاه لَمّا انتبه.. لا يحنث، وكذا لو ألقي عليه وهو منتبه، وإن تَرَكَه ولم يلقه.. يحنث؛ علم أن الثوب المحلوف عليه أو لم يعلم.

حلف لا يلبس حريراً أو إبريسماً.. لا يحنث إلّا بلبس ثوب كلّه منه أو لحمته، ولا يحنث فيما سواه أو علمه منه، إلا أن ينويه.

حلف لا يلبس هذا القطن فجعله ثوباً فلبسه.. حنث، ولو حشا به ثوباً فلبسه.. لم يحنث.

حلف لا يلبس من غزل فلانة، ولا نية له، فلبس ثوباً نسج من غزل فلانة.. يحنث.

وإن نوى عين الغزل.. لا يحنث بلبس الثوب ولا بلبس عين الغزل أيضاً.

حلف لا يلبس من غزل امرأته فلبس قباء ظهارته من غزلها وبطانته من غزل غيرها.. يحنث.

حلف لا يلبس ثوباً فلبس ثوباً ليس له كمان.. يحنث؛ لأن الكمين كاليدين، ومقطوع اليدين يسمّى رجلاً.

حلف لا يلبس هذه الملحفة فقطعت قميصاً وخيطت، فلبس الحالف القميص.. لم يحنث.

وإن نقض القميص وأعيد ملحفة فلبسها.. حنث.

حلف لا يلبس من غزل فلانة شيئاً، فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها؛ إن لم يذكر الثوب.. يحنث.

وإن ذكر بأن قال: إن لبست ثوباً من غزل فلانة.. لا يحنث.

وكذا من نسج فلان.. لا يحنث إذا كان الثوب مما ينسجه واحد، وإن كان مما ينسجه اثنان.. يحنث.

هذا إذا كان فلان ينسج بيده، حتّى لا يحنث إلا أن يلبس من عمله؛ فإن لم يفعل ذلك، لكن ينسجه له غلمانه وأجراؤه.. يحنث إذ لبس ثوبا نسجوه.

وكذا هذا في الغزل على هذا التفصيل. كذا في «المنتقى».

وذكر في «الأصل»: لو حلف لا يلبس من ثياب فلان شيئاً، وهو ينوي ما عنده، فاشترى فلان ثوباً، فلبس.. لا يحنث، والعبرة لوقت اليمين.

إذا حلف لا يلبس من ثياب [٦٠٦/أ] فلان، وفلان يبيع الثياب، فاشترى منه ثوباً فلبس.. يحنث.

خَاتَمُ الْفضَّةِ لَيْسَ بحُلِيّ، بِخِلَافِ خَاتَمِ الذَّهَبِ.

وَعِقْدُ اللُّؤْلُؤِ إِن رُصِّعَ.. فحُلِيٌّ، وإِلّا.. فَلَا. وَقَالا: حُلِيٌّ مُطلقاً، وَبِه يُفْتى.

وَفِي: لَا يجلسُ على الأَرْضِ، فَجَلَسَ على بِسَاطٍ أَو حَصِيرٍ.. لَا يَحْنَثُ.

وَإِن حَال بَينهَا وَبَينه ثِيَابُهُ.. حُنِثَ.

وَفِي: لَا ينَامُ على هَذَا الْفراشِ، فَجُعِلَ فَوْقَهُ فرَاشٌ فَنَامَ عَلَيْهِ.. لَا يَحْنَثُ.

وَإِن جُعِلَ فَوْقَهُ قِرامٌ.. يَحْنَثُ.

(**خاتم الفضة ليس بحلي**) بفتح الحاء وسكون اللام: على ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر، لا عرفاً، ولا شرعاً، حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم.

(**بخلاف خاتم الذهب**)؛ لأنه حلي حتّى لا يحلّ استعماله للرّجال.

(**وعقد اللؤلؤ إن رصع.. فحلي، وإلا.. فلا**) عند أبي حنيفة.

(**وقالا: حلي مطلقاً. وبه يفتى**).

لهما: قوله تعالى: ﴿وَتَسۡتَخۡرِجُواْ مِنۡهُ حِلۡيَةٗ تَلۡبَسُونَهَا﴾.

وله: أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصّعاً، ومبنى الأيمان على العرف.

(**وفي: لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير.. لا يحنث**)؛ لأنه لا يسمّى جالساً على الأرض في العرف.

(**وإن حال بينها وبينه ثيابه.. حنث**)؛ لأنه تبع له، فلا يعتبر حائلاً.

ولو نزع ثيابه وطرحه على الأرض وجلس عليه.. لا يحنث؛ لأنه حينئذ لم يبق ثوبه تبعاً له، فصار بمنزلة البساط.

(**وفي: لا ينام على هذا الفراش، فجعل فوقه فراش فنام عليه.. لا يحنث**)؛ لأن مثل الشيء لا يصير تبعاً له، فقطع النسبة عن الأول.

(**وإن جعل فوقه قرام**)؛ أي: الستر الرقيق (**.. يحنث**)؛ لأنه تبع له.

وَفِي: لَا يجلسُ على هَـذَا السَّـرِيرِ؛ إِن جُعِـلَ فَوْقَـهُ سَـرِيرٌ فَجَلَسَ.. لَا يَحْنَثُ، وَإِن جُعِلَ فَوْقَه بِسَاطٌ أَو حَصِيرٌ.. حَنِثَ.

وفي «الخلاصة»: حلف لا يجلس على هذا البساط فخيط جانباه وجعل خرجاً وجوالقاً فجلس عليه.. لم يحنث.

فإن فتقت الخياطة وعاد إلى الحالة الأولى فجلس عليه.. يحنث.

ولو قطع البساط قطعاً حتى خرج عن كونه بساطاً، ثم خاطه خرجين، ثم نقض الخرجين فخاطه حتى صار بساطاً فجلس عليه.. لا يحنث؛ لأنه عاد بصنعة أخرى.

(**وفي: لا يجلس على هذا السرير؛ إن جعل فوقه سرير فجلس.. لا يحنث**) لما ذكرناه من قطع النسبة عن الأول.

(**وإن جعل فوقه بساط أو حصير.. حنث**)؛ لأن الجلوس على السرير يكون كذلك في العرف.

* * *

(بَابُ الْيَمينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغيرِ ذَلِكَ)

الضَّرْبُ وَالْكِسْوَةُ وَالْكَلَامُ وَالدُّخُولُ يخْتَصُّ فِعلُهَا بالحيِّ، فَلَا يَحْنَثُ مَن قَالَ: إِن ضَربتُهُ، أَو كسوتُهُ أَو دخلتُ عَلَيْهِ بِفِعْلِهَا بعدَ مَوتِهِ، بِخِلَافِ الْغَسْلِ وَالْحَملِ والمسِّ.

وَفِي: لَا يضْربُهَا فَمدَّ شعرَهَا، أَو خنَقَها، أَو عضَّها.. حَنِثَ.

(بَابُ اليَمِين)

(في الضَّرْب وَالقَتْل وَغَيْر ذَلِك)

(الضرب، والكسوة، والكلام، والدخول.. يختص فعلها بالحي).

لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتّصل بالبدن، والإيلام لا يتحقق في الميّت، ومن يعذّب في القبر لا يقاس عليه من في الدنيا، على أن الأصحّ أنه تعاد فيه الحياة.

والكسوة: يراد به التمليك عادة عند الإطلاق.

والمقصود من الكلام: الإفهام.

ومن الدخول عليه: الزيارة.

والكل غير متصور في الميّت.

(فلا يحنث من قال: إن ضربته، أو كسوته، أو دخلت عليه، بفعلها بعد موته)؛ أي: موت المحلوف عليه؛ لعدم شرط الحنث؛ لما مر أنّ هذه الأفعال مختصة بالحيّ.

(بخلاف الغسل والحمل والمسّ)؛ لأن هذه الأشياء لا تختص بالحيّ، بل تتحقق في الميت أيضاً، فلو حلف لا يغسلنّ فلاناً أو لا يحمله أو لا يمسّه.. حنث بفعله بعد موت المحلوف عليه.

(لا يضربها)؛ أي: حلف لا يضرب امرأته **(فمدّ شعرها أو خنقها أو عضّها.. حنث)**؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم [٦٠٦/ب] على ما ذكرناه، وقد تحقق ذلك في

هذه الأفعال، أطلقه فشمل حالة الغضب وحالة اللّعب.

لكن ذكر في «الخلاصة»: حلف لا يضرب فلاناً أو امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضّها أو أصاب رأسه أنفها فأدماها؛ قال في «الجامع الصغير»: إن كان في حال الغضب.. يحنث، وإن كان في حال الملاعبة.. لا يحنث.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى»: إنه لا يحنث مطلقاً.

ثم نقل عن «فتاوى القاضي الإمام»: إن هذا إذا كان اليمين بالعربيّة، وإن كان بالفارسيّة.. لا يحنث في جميع ذلك.

ثم قال: والصحيح: أنه يكون حانثاً إذا كان على وجه الغضب.

وعلى هذا التصحيح مشى في «البزازية» وقال: ولو مدّ شعرها.. فالصحيح أنه إن على الغضب.. يحنث، وإن لعباً.. لا يحنث.

وإن نتف شعرها.. تكلّموا فيه، والصحيح: أنه يكون حانثاً إذا كان حال الغضب، كذا في «الخلاصة».

وإن تعمد غيرها فأصابها.. لا يحنث.

حلف ليضربنّ عبده مئة سوط، ولا نية له، فضربه مئة سوط وخفّف.. فإنه يبرّ في يمينه لوجود شرط البرّ.

قالوا: هذا إذا ضربه ضرباً يتألم به؛ أما إذا لم يتألم.. لا يبرّ؛ لأنه ضربه صورة لا معنى، والعبرة للمعنى.

ولو ضربه بسوط له شعبتان خمسين مرة، وفي كلّ مرة يقع الشعبتان على بدنه.. يبرّ في يمينه؛ لأنه صار ضارباً مئة سوط، ألا ترى أن الإمام يصير مقيما حدّ الزّنا بهذا المقدار؟! فكذا الحالف.

وإن جمع الأسواط؛ إن وقع الكلّ على البدن.. يبرّ، وإلا.. فبقدر ما يصاب بالبدن.

لِيضربنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ.. فَهُوَ على أَشَدِّ الضَّرْب.

وإن ضربه برؤوس الأسواط.. ينظر؛ إن سوى رؤوسها حتى يصيب رأس كلّ سوط بدنه.. برّ في يمينه، وإلا.. فبقدر المصاب.

ولا بد من الألم في كلّ حال عند عامة المشايخ.

(**ليضربنه حتى يموت.. فهو على أشد الضرب**) للعرف فيه.

وفي «الخلاصة»: لو قال لها: لأضربنك بالسياط حتى أقتلك.. فهو على المبالغة.

وكذا لو قال لها: إن لم أضربك حتّى أتركك لا حيّة ولا ميتة؛ قال أبو يوسف: هذا على أن يضربها ضرباً موجعاً شديداً؛ فإذا فعل ذلك.. برّ في يمينه.

وقوله: حتّى تبول أو تشتكي أو حتى تستغيث ما لم توجد حقيقة هذه الأشياء.. لم يبرّ.

لو حلف: لأضربنه بالسيف حتى يموت.. لا يبرّ حتّى يموت.

ولو حلف: لأضربنّه بالسّيف فضربه بعرض السيف.. برّ في يمينه.

ولو ضربه والسيف في غمده.. لا يبرّ؛ كما لو حلف ليضربن فلاناً بسوط فلفّه بثوب وضربه.. لا يكون ضرباً بالسّوط.

فإن نوى شيئاً.. فهو على ما نوى.

ولو حلف لا يضرب فلاناً بنصل هذا السكين، أو بزُجٍّ[1] هذا الرمح فنزع هذا النصل وهذا الرمح وأدخل آخر فضربه.. لا يحنث.

حلف لا يضربه بالفأس، فضربه بمقبضه [٦٠٧/أ].. لا يحنث؛ لأن مقبضه يكون من خشب، فلا يكون ضرباً بالفأس.

لو قال لآخر: إن لم أضربك غداً فامرأته طالق، فذهب ليضربه فرآه مع قوم

---

(١) الزُّجُّ: الحديدة التي في أسفل الرمح. «الصحاح».

ليقضينَّ دينَهُ قَرِيباً.. فَمَا دونَ الشَّهْرِ قريبٌ، والشهرُ بعيدٌ.

وأتباع له كثير لا يمكنه ضربه، فلم يضربه حتى مضى الغد.. **يحنث**.

وكذا لو قال لآخر: إن لم أحرق بيتك غداً.. فامرأته طالق فقيد حتى مضى الغد. كذا في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: قال لها: إن ضربتك بغير جرم.. فأنت طالق، فوضعت القصعة على المائدة، ومالت القصعة وصبّ على رجله، فتضرر فضربها.. لا يحنث وإن كان ذلك بغير قصد؛ لأنها مؤاخذة بالخطأ لأحكام الدنيا، غير أن الإثم ساقط.

(**ليقضينّ دينه قريباً.. فما دون الشهر: قريب، والشهر: بعيد**) للتعارف فيه، ولهذا يقال عند بُعدِ العهد: ما لقيتك منذ شهر.

في «الأصل»: أوّل الشهر قبل أن يمضي نصفه.

وعن أبي يوسف أنه قال: لو قال: لا أكلّم فلاناً آخر يوم من أوّل الشهر وأوّل يوم من آخر الشهر.. يتناول الخامس عشر والسادس عشر.

ولو قال: والله لا أكلمك إلى بعيد.. فهو على أكثر من شهر.

وسريعاً.. فهو على شهر غير يوم.

ولو قال: والله لأقضينّ حق فلان عاجلاً.. فهو على أقلّ من الشهر.

وآجلاً.. فهو على أكثر من الشهر.

غرّة الشهر: الليلة الأولى مع اليوم الأوّل من الشهر في العرف.

وفي اللغة: عبارة عن الأيام الثلاثة.

والسلخ: عبارة عن اليوم التاسع والعشرين في العرف.

وفي اللغة: عبارة عن الأيام الثلاثة من آخر الشهر، أوّلها الثامن والعشرون.

الغداة: من طلوع الفجر الثاني إلى ما قبل الزوال.

والسّحر: بعد ذهاب ثلثي الليل.

لِيقضينَّهُ الْيَوْمَ، فقضاهُ زُيُوفاً أَو بَهرجةً، أَو مُسْتَحقَّةً، أَو بَاعُه ....

صلاة الظهر: وقت الظهر كلّه.

عند طلوع الشمس، أو حين تطلع الشمس: يراد بهما من حين تطلع الشمس إلى أن تبيض.

وقت الضحوة: يراد به من حين تبيض الشمس إلى أن تزول.

أيام البيض: هو الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر.

والشتاء: قال محمد: إن كان عندهم على حساب.. فهو على ذلك الحساب، وإلّا.. فالشتاء: ما اشتد البرد دائماً.

والصيف: ضده.

والربيع: ما انكسر البرد دائماً.

والخريف: ما انكسر الحر دائماً.

وقيل: الشتاء: ما يحتاج الناس فيه إلى الوقود والثوب المحشو.

والصيف: ما يستغنى عنهما.

والربيع والخريف ما يستغنى عن أحدهما.

والنيروز: نيروز المسلمين، وهو نيروز الخليفة لا نيروز المجوس، ولا نيروز المزارعين.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: لو حلف ليقضين ما له عليه وقت كذا، ثم أدّاه قبل مجيء ذلك الوقت، أو وهب منه، أو أبرأه منه وجاء ذلك الوقت ولم يبق له عليه شيء.. لم يحنث عندهما، خلافاً لأبي يوسف، ولو مات الدائن وقضاه إلى ورثته أو وصيّه.. برّ في يمينه، وإلّا.. فهو حانث [٦٠٧/ب].

(ليقضينّه اليوم، فقضاه زيوفاً) وهو: ما يردّه بيت المال، (أو بهرجة) وهو: ما يرده التجار وسيأتي في البيع، (أو مستحقة) للغير، (أو باعه) أي باع المديون من دائنه

بِهِ شَيْئاً وَقَبَضَهُ.. بَرَّ.

(به) - أي: بدينه - (شيئاً وقبضه)؛ أي: قبضه الدّائن (.. برّ) الحالف في يمينه؛ لأن الزّبوف والبهرجة دراهم حقيقة، غير أن فيهما عيباً، والعيب لا يعدم الجنسية، ولهذا لو تجوز في الصّرف والسّلم بالزيوف والبهرجة.. لجاز؛ فإذا كان من جنس الدراهم.. صار مستوفياً دينه، فوجد شرط البرّ وهو قضاء الدين اليوم.

وقبض المستحقة صحيح أيضاً، ولهذا لو اشترى بالمستحقة شيئاً فأخذها المستحق.. بقي البيع صحيحاً، ولو لم يصح قبض المستحقّة.. لبطل البيع؛ لبقائه بلا ثمن؛ فإذا صح قبضها.. برّ في يمينه؛ لوجود شرط البر.

فإن قيل: نعم، إنّ البرّ قد تحقّق بما قضى من الزيوف والبهرجة والمستحقة.. فهل يرتفع بردّ هذه الأشياء بالعيب والاستحقاق كما يرتفع قضاء الدّين؟

أجيب عنه في الحواشي: إن اليمين لما انحلّت بوجود الشرط وتحقق البر.. لم تقبل الفسخ بعده كالكتابة؛ فإن مولى المكاتب إذا ردّ البدل لكونه زيفا أو بهرجة أو لكونه مستحقّاً.. لا ينفسخ العتق، بخلاف قضاء الدين؛ فإنه ينتقض وينفسخ بردّ المقبوض لعيب أو استحقاق؛ لأن مبنى قضاء الدّيون على المقاصّة، وقد زالت المقاصّة بردّ المقبوض، فزال القضاء أيضاً.

وإنما كان مبنى قضاء الديون على المقاصّة؛ لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصور؛ لأن القضاء يصادف العين، وحق الدائن في وصف في ذمّة المديون، ولهذا قالوا: الدّيون تقضى بأمثالها.

فإن قيل: إذا كانت الديون تقضى بأمثالها.. فقد تحقق بمجرّد بيع المديون من الدائن في ذمّة الدّائن مثل ما في ذمة المديون من الدين.. فيلتقيان قصاصاً، فيكون ما في ذمة الدائن قضاء عن الأوّل؛ لأنه آخر الدينين، فما فائدة ذكر قوله: وقبضه مع عدم الاحتياج إليه؟

قلنا: لا نسلم أن ما ثبت في ذمة الدائن ببيع المديون منه من الدين مثل ما ثبت أوّلاً في ذمّة المديون؛ لأن ما في ذمة المديون متقرّر لا يحتمل السّقوط.

وَلَو رَصَاصاً أَو ستُّوقةً، أَو وَهَبَهُ، أَو أَبرَأَهُ مِنْهُ.. ....

بخلاف ما ثبت في ذمة الدّائن؛ فإنه على شرف السقوط بهلاك المبيع قبل القبض؛ فإذا قبضه المشتري.. يتقرّر ثمنه في ذمّة المشتري، فلا يحتمل السّقوط، فيكون مثل ما في ذمة المديون، ولهذا ذكره ولم يكتف بمجرّد البيع، فلا بدّ من ذكره، وبهذا ظهر ضعف ما في «التبيين» من أنّ ذكره وقع اتفاقاً لا شرطاً.

(ولو) قضاه (رصاصاً أو ستوقة)؛ أي: التي غلب عليها الغش ويردّها بيت المال والتجار، (أو وهبه) الدائن من المديون، (أو أبرأه منه) وفيه إشارة إلى الفرق بين هبة الدين ممن عليه الدين وبين الإبراء [٦٠٨/أ] منه، وقد تكلموا فيه؛ فمنهم من فرق، ومنهم من لم يفرق.

فقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «الذخيرة»: إن هبة الدين ممن عليه الدين جائزة قياساً واستحساناً، وأما هبته من غير من عليه.. فإنما تجوز إذا أمر بقبضه استحساناً، ثم ذكر نقلاً عن السرخسي أنه قال: إنّ هبة الدين ممنّ عليه الدين لا تتم من غير قبول، والإبراء يتم من غير قبول، ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء.

وعن زفر: أنه سوى بينهما وقال: تتم الهبة والإبراء بدون القبول، ثم قال: وهذا الذي روي عن زفر: هو اختيار شمس الأئمة.

وفي «الواقعات»: إن عامة المشايخ ذكروا أن هبة الدّين ممن عليه وإبراؤه يتم من غير قبول، ويرتد بالرّد.

وفي «قاضي خان» عن أبي يوسف: إنَّ هبة الدين ممن عليه لا تصح من غير قبول كما ذكره السرخسي.

وصحح في «جامع الفصولين» قول العامة؛ حيث قال: قيل في هبة الدين ممن عليه الدين: يشترط القبول عندنا، لا عند زفر، وروي الخلاف على العكس، وهو الصحيح.

ثم نقل بعلامة «فتاوى الصغرى»: أبرأ المديونَ من دينه أو وهبه منه.. يصح بلا قبول، ويرتد برده.

وفي «العتابي»: والمختار: عدم الفرق بينهما، ووجه من فرق بينهما: أن الهبة تمليك، والتمليك لا يتم بدون قبول المملك، بخلاف الإبراء؛ لأنه إسقاط، وفيه معنى التمليك؛ فمن حيث إنه إسقاط: لا يحتاج إلى القبول، ومن حيث إن فيه معنى التمليك: يرتد بالرد.

وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء؟

اختلف فيه المشايخ؛ قيل: نعم، وقيل: لا، فلو وهب الدين من المديون، أو أبرأه منه ولم يرد ولم يقبل، بل سكت، ثم افترقا عن المجلس فجاء بعد أيام وردّه.. فالصحيح أنه لا يرتد. كذا في «التاتارخانية».

فالظاهر منه: صحة اشتراط مجلس الإبراء للرد.

ثم ذكر أنه لو سكت بعد الهبة وافترقا.. فهو كالقبول.

ولو مات المديون قبل القبول.. فهو كالقبول.

فظهر من هنا: إن ردّه بعد القبول غير معتبر ولو في مجلس الهبة والإبراء.

قال في «الخلاصة»: لو قال لغريمه: قد أبرأتك من ديني الذي لي عليك ولم يقل قبلت حتى مات.. فهو بريء من الدين.

ولو قال له الغريم: أبرئني عما لك عليّ، فقال: قد أبرأتك من ديني عليك، فقال الغريم: لا أقبل.. فهو بريء.

وأصل هذا: أن هبة الدين ممن عليه الدين لا تصح من غير قبول؛ لأنه تمليك.

وأما إبراء المديون من الدين.. يصح من غير قبول، لكنه يرتد بالرد. انتهى.

وفيه بحث؛ لأن الظاهر من قوله: «لا أقبل» «فهو بريء»: أن الإبراء لا يرتد بالرد، وهو خلاف ما ذكره من «الأصل»، اللهم، إلا أن يقال: إن قوله: «لا أقبل» ردّ

لَا يَبَرُّ.

لَا يقبضُ دَينَهُ دِرهماً دونَ دِرْهَمٍ.. لَا يَحْنَثُ بِقَبضِ بعضِهِ مَا لم يقبض كُلَّهُ مُتَفَرِّقاً.

بعد القبول؛ لكونه مسبوقاً بطلب الإبراء من الدائن، فلا يعتبر. هذا كله في حق الأصيل.

وأما هبة الدين من الكفيل بالدين وإبراؤه منه.. ففي «التاتارخانية»: هبة الدين من الكفيل [٦٠٨/ب] به لا تتم من غير قبول، وترتد بالرد، وإبراؤه منه يتم من غير قبول، ولا يرتد بالرد، هكذا في «الخلاصة»؛ حيث قال: ولو أبرأ الكفيل.. لا يرتد بالردّ، وهبة الكفيل ترتدّ بالردّ.

(.. **لا يبر**) في يمينه؛ لأن الرصاص والستوقة ليسا من جنس الدّراهم، حتّى لا يجوز التجوز بهما في الصّرف والسّلم، وبالهبة والإبراء لا تتحقق المقاصة، وهو طريق القضاء، لا أنها إسقاط من صاحب الدين، والقضاء فعل المديون المطالب بالدّين، وقد أسقطه قبل الطلب، فلا يتصور القضاء بعده، فأين المقاصة؟!

وفيه إشارة إلى أنه لم يحنث في يمينه كما لا يبرّ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وهو الفوات المحلوف عليه، وهو الدين، فيبطل اليمين بفواته عندهما؛ فإذا بطل.. لم يبّر ولم يحنث.

فإن قيل: فيلزم ارتفاع النقيضين.

قلنا: ممنوع؛ لأن البر والحنث ليس بنقيضين، كيف وغير الحالف لا يتصف بهما؟! بل يرتفعان معاً منه، وشأن النقيضين ليس كذلك؛ فإذا بطل اليمين بفوات تصور البر.. صار كغير الحالف، فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما، ووجه الإشارة: أن عدم البرّ أعمّ من الحنث.

(**لا يقبض دينه درهماً دون درهم**)؛ أي: حلف لا يقبض دينه متفرقاً.

(.. **لا يحنث بقبض بعضه ما لم يقبض كله متفرقاً**)؛ لأن شرط الحنث قبض

وَإِن فرَّقَهُ بِعَمَلٍ ضَرُورِيّ كالوزنِ.. لَا يَحْنَثُ.

جميع دينه متفرقاً؛ لأنه أضاف القبض إلى دين مضاف إلى نفسه، وهو اسم لجميع ما له عليه، فينصرف إليه، فلا يحنث إلّا به.

(**وإن فرّقه بعمل ضروري كالوزن.. لا يحنث**)؛ لأنه ليس بتفريق؛ لأنه قد يتعذر قبض الجميع دفعة عادة، فيحتاج إلى الوزن، فيصير هذا القدر مستثنى عنه.

صورته: ما ذكر في «الخلاصة»: لو قال: والله لا آخذ ما لي عليك إلا ضربة، وله عليه عشرة دراهم، فجعل يزن درهماً درهماً ويعطيه بعد أن يكون في وزنها.. لم يحنث؛ أما إذا أخذ في عمل آخر غير ذلك في ذلك المجلس.. فهو حانث.

وقال فيها نقلاً عن «الجامع الكبير»: رجل له على آخر مائة درهم، فقال: عبده حرّ إن أخذتها منك اليوم درهماً دون درهم، فأخذ منها خمسين ولم يأخذ ما بقي حتى غربت الشمس.. لم يحنث.

ولو قال: إن أخذت منها منك اليوم درهماً دون درهم والمسألة بحالها.. حنث؛ لأن كلمة «من» للتبعيض.

وفي المسألة الأولى: إنها كناية عن المائة، هذا إذا وقّت؛ أما إذا لم يوّقت وقال: عبده حرّ إن قبض منها درهماً دون درهم فقبض منها خمسين.. حنث حين قبض.

ولو قال: لا آخذ حقي إلّا جميعاً، فأخذ نصفه.. لا يحنث حتى يأخذ الباقي؛ فإذا أخذ.. حنث، وهو نظير مسألة الكتاب.

ولو قال: لا آخذ حقي إلا جميعاً اليوم، فأخذ اليوم نصفه وغداً نصفه.. لا يحنث.

حلف لا يقبض ماله من المطلوب اليوم، فقبض [٦٠٩/أ] من وكيل المطلوب.. حنث؛ لأنه نائبه، وإن قبض من متطوع أو من كفيله أو من المحال عليه.. لم يحنث؛ لأنه ليس بنائبه.

إِن كَانَ لي إِلّا مائَةً، أَو غيرَ مائَةٍ، أَو سوى مائَةٍ.. لَا يَحْنَثُ بهَا، أَو بِأَقَلَّ مِنْهَا.

ولو كان الطالب أحال رجلاً ليس له على الطالب دين فقبض من ذلك الرجل.. حنث؛ لأنه وكيل الطالب.

هذا إذا كانت الحوالة بعد اليمين؛ فإن كانت قبل اليمين.. لا يحنث؛ لأنه ليس بتوكيل.

وكذا: لو وكّل الطالب وكيلاً قبل اليمين فقبض الوكيل بعد اليمين.

وفي «قاضي خان»: حلف أن لا يأخذ ماله من غريمه اليوم، وقد كان وكّل وكيلاً بقبضه، فقبض الوكيل بعد اليمين؛ ذكر في «المنتقى»: أنه لا يحنث، قال: وينبغي أن يحنث في يمينه - كما لو وكّل وكيلاً بالنكاح، ثم حلف أن لا يتزوج، فزوجه الوكيل.. حنث الحالف -، ولو لم يقبض وكيله، ولكن أحال ربّ الدين عليه رجلاً له على المحيل دين قبل اليمين، فأخذ المحتال له من الغريم.. لا يحنث.

حلف لا يقبض ماله من المطلوب اليوم، فأخذ رهناً منه اليوم، فهلك الرهن في يده.. لم يحنث ولا يكون هذا قبضاً.

(**إن كان لي إلا مائة درهم أو غير مائة أو سوى مائة.. لا يحنث بها**)؛ أي: بالمائة (**أو بأقل منها**)؛ لأن المقصود منه عرفاً: نفي ما زاد على مائة؛ فكأنه قال: ليس لي مال زائد على المائة، ويصدق على المائة وما دونها من الخمسين أو ستين وغيرهما أنها ليست بزائدة على المائة.. فلا يحنث في كلّ من المائة وما دونها.

ولا يخفى عليك أن هذا بحسب العرف، وأما بالنظر إلى اللفظ.. فلا يستقيم إلّا على جعل المستثنى مسكوتاً عن حكمه؛ فإن معنى اللفظ: ليس لي مال إلا مائة، فالمائة مخرجة من نفي المال؛ فإذا قلنا: إن المستثنى مسكوت عنه.. تكون المائة غير محكوم عليها بأنها في ملكه غير متعرض لها بإثبات بوجه من الوجوه، وهو قول طائفة من المشايخ على ما في «الأصول».

فإذا كانت المائة مخرجة بجميع أجزائها من نفي المال غير محكوم عليها.. لا يحنث بالمائة وبأقلّ منها.

وأما على جعل المستثنى مثبتاً بطريق الإشارة - كما هو قول طائفة أخرى - أو على جعل الاستثناء من النفي إثباتاً وهو القول المختار.. فيحنث لفظاً بأقل منها؛ لأنه حينئذ حلف على أنّ له مائة؛ فإذا لم يكن له مائة.. يحنث، والأقل ليس بمائة.. فيحنث به.

قوله: «إن كان لي إلّا مائة» أشار به إلى ما في «فتح القدير» وغيره: أنه لو ادعى أنه أعطى زيداً مائة مثلاً، فقال زيد: لم يعطني إلا خمسين، فقال: إن كنت أعطيته إلا مائة.. فإنه يحنث بالأقل من المائة، وكذا إذا اختلفا في قدر الدين، فقال: لي عليه مائة، وقال الآخر: خمسون، فقال: إن كان لي عليه إلا مائة.. يحنث بالأقل؛ لأن هذا لنفي النقصان لا لنفي الزيادة؛ لأنه قصد بيمينه الردّ على المنكر.

وفي «الجامع الصغير»: عبده حرّ إن كنت أملك إلا خمسين، فملك عشرة.. لم يحنث؛ لأنها بعض المستثنى [٦٠٩/ب]، ولو ملك زيادة على الخمسين؛ إن كان من جنس مال الزكاة.. حنث، وإلّا.. لا، ألا ترى أنه لو قال: «مالي صدقة».. ينصرف إلى مال الزكاة، أو حلف ما لي مال.. لا يحنث إلّا بمال الزكاة.

وفي «خزانة الأكمل»: لو قال لامرأته: طالق إن كان له مال، وله عروض وضياع ودور لغير التجارة.. لم يحنث. انتهى ما في «فتح القدير».

وقال في «البحر»: لو قال: إن كان لي إلا مائة درهم، فلم يكن له درهم وكان له دينار.. حنث؛ لأن الدراهم مال الزكاة، فالمستثنى منه يكون مال الزكاة، والدينار من مال الزكاة.

وكذلك لو كان له عبد للتجارة أو عرض للتجارة أو سوائم مما تجب فيه الزكاة.. يحنث؛ سواء كان نصاباً أو لم يكن، ولو ملك عبداً للخدمة أو ما ليس من

وَفِي: لَا يفعلُ كَذَا.. تَركَهُ أبداً.

وَفِي: ليفعلنَّهُ.. يَكْفِي فِعلُهُ مرَّةً.

جنس الزكاة كالستوقة والعقار والعروض لغير التجارة.. لا يحنث؛ لأنه لم يوجد المسمّاة. كذا في «شرح الطحاوي».

فظهر منه: أن المراد بالمائة في الكتاب: ما كان من مال الزكاة.

(وفي: **لا يفعل كذا**)؛ أي: حلف لا يفعل كذا (.. **تركه**)؛ أي: ترك ذلك الشيء المحلوف عليه (**أبداً**)؛ لأنه نفي مطلق، فيعم الامتناع في جميع الأوقات المستقبلة؛ ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة، فلو وجد مرة.. لم يكن النفي في جميع الأوقات ثابتاً، فيحنث في يمينه، ثم إذا فعله مرة أخرى.. لا يحنث؛ لأن يمينه انحلت بالمرة الأولى، فما في «شرح المجمع»: لا تنحل يمينه بفعله مرة.. سهو.

(وفي: **ليفعلنه.. يكفي فعله مرّة**) واحدة، فيكون بارّاً في يمينه بمرة؛ ناسياً أو عامداً، مكرهاً أو مختاراً، مباشرة أو وكالة فيما يتصور فيه الوكالة على ما تقدم.

والأصل فيه: أن الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكلّ على الجزء وهو منكر، والنكرة في سياق النفي: عام، وفي الإثبات: خاص؛ فإن فعله في صورة النفي كما في المسألة الأولى.. حنث، وإن فعله في صورة الإثبات مرّة.. بر في يمينه.

وإنما يحنث في صورة الإثبات بوقوع اليأس عنه بموت الحالف أو بفوت المحلّ، هذا ما ذكروه في «حواشي الهداية» وغيرها.

وليَ هـهنا بحث: وهو أنّ المصدر المشتمل عليه الفعل وهو معنى تضمّني إنما يدلّ على نفس الحقيقة لا الأفراد؛ لأن الفعل لا يدل إلّا على نفس الحقيقة، وكذا جزؤه، وهذا مما لا شبهة فيه، والعموم والخصوص من خواصّ الأفراد لا الماهية، فلا يتصف ذلك بالعموم والخصوص، بخلاف المصدر المذكور صريحاً عقيب الفعل نحو: أكلت أكلاً؛ فإنه نكرة يراد به الفرد؛ فإن وقع في سياق النفي.. فيعم، وفي الإثبات.. يخص، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ليس بمذكور، بل جزء من الفعل،

حلَّفهُ وَالٍ ليُعلِمَنَّهُ بِكُلِّ داعرٍ.. تقيَّدَ بِحَالِ ولايتهِ ....

فالحق في الجواب: إن الحلف قد وقع على نفس الفعل، وهو لا يدلّ إلّا على الحقيقة، وهي لا توجد إلا في ضمن الفرد، والأقلّ [٦١٠/أ] متيقن.. فيبرّ في الإثبات بواحد من الفرد؛ لوجود الحقيقة فيه يقيناً، وإنما يحنث في النفي بواحد من الفرد؛ لضرورة تصحيح نفي ماهية الفعل؛ إذا لو وجد فرد من أفراده يثبت الماهية في ضمنه.. فلا يتحقق نفي الماهية، لا لعموم النكرة في سياق النّفي.

(**حلّفه**) من التحليف (**والٍ ليعلمنّه**) من الإعلام (**بكلّ داعر**)؛ أي: مفسد خبيث من الدعارة بالدّال والعين المهملتين: هي الخبث والفساد (.. **تقيّد بحال ولايته**)، حتى لو عزل.. لا يلزمه إخباره بعد ذلك، ثم تخصيصه بحال ولايته ثبت بدلالة الحال؛ وهو العلم بأن المقصود من هذا التّحليف: زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره، وهذا لا يتحقق إلّا في حال ولايته؛ لأنها حال قدرته على الزّجر، فلا يفيد بعد زوال سلطنته، وزوال سلطنته: بالموت وبالعزل؛ فإذا زال بأحدهما.. سقطت اليمين، ثم إذا عادت السلطنة والولاية.. لا يعود اليمين، فلا يجب عليه الإعلام في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه يجب عليه إعلامه بعد الزوال أيضاً، وهو قول الشافعي؛ لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فينزجر؛ لتقدّم معرفته بحاله.

قالوا: وهذا بعيد.

وهل هذا اليمين على الفور أو على التراخي؟

لم يتعرض له المصنف.

ففي «الزيلعي»: أنه على التراخي؛ حيث قال: ثم إن الحالف لو علم بالزاجر ولم يعلمه به.. لم يحنث، إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل؛ لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلّا باليأس، إلا إذا كانت مؤقتة.. فيحنث بمضي الوقت مع الإمكان. انتهى.

ليهبَنَّهُ، فوهبَ وَلم يَقبَلْ.. برَّ.
وَكَذَا الْقَرْضُ، وَالْعَارِيَةُ،
وَالصَّدَقَةُ، بِخِلَافِ البيعِ.

هكذا ذكره في «فتح القدير».

ثم ذكر وجهاً لكونه على الفور؛ حيث قال: ولو حكم بانعقاد هذه للفور.. لم يكن بعيداً؛ نظراً إلى المقصود، وهو: المبادرة لزجره ودفع شره، فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به.

وعلى هذا: لو حلّف ربّ الدّين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج من البلد إلّا بإذنه.. يتقيّد بحال قيام الدين والكفالة؛ لأن الإذن إنما يصحّ ممن له ولاية المنع.

وكذا لا تخرج امرأته إلّا بإذنه.. تقيد بقيام الزوجيّة، وإذا زال الدين والزوجية.. سقطت، ثم لا يعود اليمين بعودهما، وقد مرّ مثله.

بخلاف ما لو حلف: لا تخرج امرأته من الدار.. فإنه لا يتقيّد به؛ إذ لم يذكر الإذن، فلا موجب لتقيده بزمان الولاية في الإذن، وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقاً ومقيّداً.

وعلى هذا: **لو قال لامرأته**: كلّ امرأة أتزوجها بغير إذنك فهي طالق، فطلّق امرأته بائناً أو ثلاثاً بغير إذنها.. **طلقت**؛ لأنه لم يتقيد بيمينه ببقاء النكاح؛ لأنها إنما يتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح.

(**ليهبنه**)؛ أي: حلف ليهبنّ عبده مثلاً، (**فوهب ولم يقبل.. بر**) في يمينه.

(**وكذا القرض والعارية والصدقة، بخلاف البيع**) الأصل ههنا: أن اسم عقد المعاوضة - كالبيع والإجارة [٦١٠/ب] والصّرف والسّلم والنكاح والرّهن والخلع -: بإزاء الإيجاب والقبول معا.

وفي عقود التبرّعات: بإزاء الإيجاب فقط؛ كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والقرض والعمرى والنِّحلى والإقرار والهدية، فبمجرد الإيجاب لا يوجد

المنتفي في البيع ونحوه.. فلا يحنث، ويوجد المسمّى بمجرّد الإيجاب في التبرّعات فيحنث، هذا عندنا.

وقال زفر: إن التبرعات مثل البيع؛ لأنها تمليك أيضاً، حتى لا تتم سببيتها بدون القبول، فلا تكون بلا قبول كالإيجاب في البيع.

ثم في اشتراط القبض في التبرعات عنده روايتان عنه:

ففي رواية عنه: لا يشترط، بل بمجرد الإيجاب والقبول من الآخر يتم العقد ويبر في يمينه لتمام السبب، وإنما القبض شرط حكمه، والسبب يتم دون الحكم؛ كالبيع بشرط الخيار.

وفي رواية أخرى عنه: يشترط معه القبض، فلا يبر حتى يقبض الآخر.

ولنا: أنّ هذه العقود تبرع، فتتم بالمتبرع؛ لأنه إذا تبرّع.. وجد المسمّى فيبرّ، ولأن المقصود: إظهار السخاوة، وقد تحقق ذلك بالإيجاب.

ومنه يقال: وهب ولم يقبل.

فإن قيل: لو تم بإيجاب المتبرّع.. لزم أن يدخل في ملك الآخر بلا اختيار منه، لكنه لم يدخل بلا قبول منه على الصحيح.

قلنا: إنما يتم به ما هو من جهة المتبرّع - وهو: التّمليك - لا وقوعه سبباً لملك الآخر، وبهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر حتّى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد لرضاه.

وعلى هذا الخلاف قالوا: إنه لو قال: بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل، فقال الآخر: بل قبلت، أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل، فقال الآخر: بل قبلت.. القول قول المشتري والمستأجر بالاتفاق؛ لأن إقراره بالبيع والإجارة يتضمن إقراره بالإيجاب والقبول، وقوله: «لم تقبل» رجوع منه، فلا يعتبر.

وقالوا: إذا حلف لا يبيع، فأوجب فقط.. لا يحنث بالاتفاق.

لَا يَشَمُّ رَيحاناً.. فَهُوَ على مَا لَا سَاقَ لهُ، فَلَا يَحْنَثُ بشمِّ الْوَرْدِ والياسمينِ، وقيلَ: يحنثُ.

لَا يشمُّ وَرداً أَو بنفسَجاً.. فَهُوَ على وَرَقِهِ.

وإذا حلف: ليبيعنّ اليوم فأوجب فيه فقط.. حنث بالاتفاق؛ لعدم البيع فيه.

وقالوا: لو قال: وهبت لك أمس فلم تقبل، وقال الآخر: بل قبلت.. فالقول قول الواهب عندنا، وعند زفر: القول للآخر.

(**لا يشم ريحاناً.. فهو على ما لا ساق له**) هكذا فسره الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب «الهداية».

واعترض عليه: بأنه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً.

أجيب عنه: بأنّ هذا تفسير على اصطلاح الفقهاء لا على اللّغة.

قلت: الريحان على اصطلاح الفقهاء: ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه، على ما صرّح به في «المغرب».

وقال في «المصباح»: والرّيحان: كل نبات طيّب الريح.

وإذا أطلق عند العامة.. انصرف إلى نبات مخصوص، وعلى التقديرين.. لا يستقيم الجواب المذكور.

أما على ما في «المغرب»: فظاهر.

وأما على ما في «المصباح»: فلأنه لم يصرّح بعدم السّاق، على أن المتعارف من النبات المخصوص ما هو المشهور [٦١١/أ] بين القوم مما كان له ساق طيب الرّيح.

(**فلا يحنث بشمّ الورد والياسمين**)؛ لأن لها ساقاً.

(**وقيل: يحنث**)، والأول: أصحّ؛ لما ذكرناه.

(**لا يشم ورداً أو بنفسجاً.. فهو على ورقه**)؛ لأنه حقيقة في ورقه، والعرف مقرر

لَا يدْخلُ دَارَ فلَانٍ.. يتنَاولُ الْمِلكَ وَالْإِجَارَة.

له في الورد، وفي البنفسج قاض عليه.

ومن حلف: لا يشتري ورداً أو بنفسجاً، فاشترى ورقهما.. يحنث، ولو اشترى دهنهما.. لا يحنث؛ لأنهما يقعان على الورد لا الدهن في العرف. على ما في «الكافي».

وذكر في «المبسوط»: لو اشترى ورق البنفسج.. لا يحنث، ولو اشترى دهنه.. يحنث؛ لأن اسم البنفسج إذا أطلق.. يراد به الدهن، ويسمّى بائعه بائع البنفسج.

(**لا يدخل دار فلان.. يتناول الملك والإجارة**)؛ لأن المراد به عرفاً نسبة السكنى؛ لأن الدار لا تعادى، ولا تهجر لذاتها، بل لبغض ساكنها، إلا أن السكنى قد تكون حقيقة - وهو ظاهر - وقد تكون دلالة؛ بأن تكون الدار ملكه فيتمكن من السكنى فيها فيحنث بالدخول في دار تكون ملكاً لفلان، ولا يكون هو ساكناً فيها، سواء كان غيره ساكناً أو لا؛ لقيام دليل السكنى التقديري، وهو الملك على ما في «الخانية» و«الظهيرية».

لكنه ذكر شمس الأئمة: أنه لو كان غيره ساكناً فيها.. لا يحنث؛ لانقطاع النسبة بسبب سكنى الغير؛ فإذا كان كذلك.. يدخل فيه ما يسكنه بأي سبب كان؛ بملك، أو إجارة، أو إعارة باعتبار عموم المجاز؛ بمعنى: أن محلّ الحقيقة - وهو: الملك - فرد من أفراد المعنى المجازي، لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد؛ لأنه غير جائز.

وقال الشافعي: لا يحنث إلا بالملك؛ لأن الحقيقة - وهي الملك - مرادة، فلا يكون المجاز مراداً؛ لئلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد.

وجوابه: ما ذكرناه.

حلفَ أَنهُ لَا مَالَ لَهُ، وَلهُ دَينٌ على مُفلسٍ أَو مَلِيٍّ.. لَا يَحْنَثُ.

(**حلف: أنه لا مال له، وله دين على مفلس أو مليّ.. لا يحنث**)؛ لأن الدّين ليس بمال لا عرفاً ولا شرعاً، وإنما هو وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة.

ولهذا قالوا: الدّيون تقضى بأمثالها؛ بمعنى: أنّ ما قبضه الدّائن من المديون مضمون عليه؛ لأنه قبضه لنفسه على وجه التّملك، وله دين على المديون مثل ما قبضه فالتقى الدينان.. فتقاصا.

* * *

(كتاب الحدود)

(كتابُ الْحُدُودِ)

الْحَدُّ عُقُوبَةٌ مقدَّرَةٌ تجبُ حَقّاً للهِ تَعَالَى، فَلَا يُسمَّى تَعْزِيرٌ وَلَا قِصاصٌ: حدّاً.

(كِتَابُ الحُدُود)

واعلم أنّ محاسن الحدود كثيرة؛ لما أنها ترفع وقوع الفساد في العالم، وتحفظ النفوس، والأعراض، والأموال، والعقل سالمة عن الابتذال.

وأما سببها: فسبب كل نوع منه: هو ما أضيف إليه؛ كحدّ الزنا وحدّ القذف وحدّ الشرب وحد السّرقة.

(**الحدّ**) **هو في اللغة**: المنع، وسمّيت العقوبات الخالصة حدوداً؛ لأنها موانع من ارتكاب أسبابها، وتسمّى أحكام الله تعالى أيضاً حدوداً؛ لأنها تمنع عن التخطي إلى ما وراءها، ومنه: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾.

وفي الشرع: (**عقوبة**) خالصة (**مقدّرة تجب حقاً لله تعالى، فلا يسمى تعزير ولا قصاص: حداً**) [٦١١/ب]؛ لأن التعزير لا تقدير فيه، والقصاص حق العبد، لكنهما يشتركان مع الحدود فيما كان مقصداً أصليّاً في شرع الحدود؛ أعني: الانزجار عما يتضرّر به العباد؛ لأن ذلك يتحقّق بالنسبة إلى كافة الناس، وأما الطهرة من الذنوب والآثام.. فليس بمقصود منها؛ بدليل: أنه شرع في حقّ الذمي أيضاً ولا يطهر من ذنبه بإجراء الحدّ عليه، كذا قالوا.

وقال في «الهداية»: والطهرة ليست بمقصد أصليّ من الحدود.

وتعقبه في «فتح القدير»: بأنه يفيد أن الطهرة مقصودة من الحدود أيضاً، إلا أنها ليست بمقصود أصلي، بل تبع لما هو الأصل منها وهو الانزجار، وهو خلاف المذهب؛ فإن المذهب: أن الحدّ لا يعمل في سقوط إثم كان قبل سببه أصلاً، بل لم يشرع إلّا لحكمة الانزجار، وأما ذلك.. فهو قول طائفة من أهل العلم، واستدلوا عليه بقوله ﷺ: «إنّ من أصاب المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا.. فهو كفارة له، ومن

والزِّنا وطءُ مُكَلَّفٍ فِي قُبُلٍ خَالٍ عَن مِلكٍ وشبهَتِهِ.

أصاب منها شيئاً وستره الله.. فهو إلى الله؛ إن شاء عفا عنه، وإن شاء عاقبه» رواه البخاري.

واستدل الأصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق: ﴿ذَٰلِكَ﴾؛ أي: القتل والصلب والنفي ﴿لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيويّة وعقوبة أخروية، إلّا من تاب.. فإنها حينئذ تسقط عنه الأخرويّة بالإجماع؛ للإجماع على أن التّوبة لا تسقط الحدّ في الدنيا، والحديث المذكور: يجب أن يحمل على ما إذا تاب في العقوبة؛ لأنه هو الظاهر؛ لأن الظاهر: أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه؛ لذوقه سبب فعله.. فيقيد به؛ جمعاً بين الأدلة، وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعينة، بخلاف العكس.

والحاصل: أن المذهب: أن عقوبة الذنب لا ترتفع بمجرد الحدّ، بل بالتوبة معه، فلهذا لم يرتفع من الكافر؛ لأنه ليس بأهل للتوبة؛ لأن التوبة عبادة، والكافر ليس من أهلها.

وقال بعضهم: إن الحدّ بمجرّده يسقط إثم ذلك السبب الخاص الّذي حدّ به، لا إثم ما كان قبله، وقد عرفت أن المذهب: أنه لا يرتفع بدون التّوبة.

(**والزّنا وطء مكلّف**) احترز به عن وطء الصبي والمجنون (**في قبل**) مشتهاة، فخرج وطء الصغيرة الغير المشتهاة والميتة والبهيمة، والوطء في الدبر، والمشتهاة: أعمّ ما في الحال وما في الماضي، فتدخل فيه العجوز؛ لأن وطأها يوجب الحدّ على ما صرّح به في «فتح القدير».

(**خالٍ عن ملك**)؛ أي: ملك نكاح أو يمين، (**وشبهته**)؛ أي: شبهة الملكين.

أما شبهة ملك النكاح: كوطء امرأة تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها.

وأما شبهة ملك اليمين: كوطء جارية [٦١٢/أ] تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها.

وَيثبتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةِ رجالٍ مُجْتَمِعِينَ بالزنا، لَا بالوطءِ أَوِ الْجِمَاعِ، ......

وأما شبهة ملك اليمين: كوطء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون؛ فإن الوطء في كلّ من هذه المحرّمات.. لا يوجب الحدّ وإن كان يطلق عليه في الشرع زنا؛ لأن كلّ زنا لا يوجب الحد كذلك.

دخل في التعريف: وطء المكره، مع أنه لا يوجب الحدّ، اللهمّ إلا أن يقال: إنه خارج بمكلّف، وخرج عنه زنى المرأة، مع أنّه يوجب الحدّ.

أجيب عنه: بأنّ هذا التعريف إنّما هو بالنسبة إلى الأصل - وهو: الرجل - وزنا المرأة يدخل فيه بطريق التبعية بسبب تمكينها طوعاً.

وتعقّبه في «فتح القدير»: بأنّه إن كان معناه: أنّ لها زنا حقيقة، وأن ذلك التمكين هو مسمّى زناها لغة، وتسمّى تلك المرأة: زانية حقيقة لغوية بالتمكين.. فلا شكّ في أنّه لا يشمله جنس التعريف؛ لأن جنسه: هو وطء المكلّف، ووطء المكلّف ليس عين تمكين المرأة، ففساد الحدّ باق بعينه.

وكون فعلها تبعاً لفعل الرجل إنّما هو في الوجود الخارجي، والكلام في تناول اللفظ، ولفظ الحد لا يتناوله.

وإن كان معناه: أنّها لا تسمّى زانية حقيقة أصلاً وأنّ تسميتها في قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ بطريق المجاز.. فحينئذ لا حاجة إلى أن يقال: إنها تدخل فيه تبعاً، بل يجوز حينئذ إدخاله في الحدّ.

ولهذا عرّفه بعض مشايخنا: بأنّه وطء مكلّف في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما، وعن شبهة الاشتباه، وتمكين المرأة عن ذلك.

والمراد بشبهة الاشتباه: ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحلّ له، وقالوا: إنّ مجرّد الإيلاج في القبل يثبت الزنا الموجب للحدّ كما يلزمه الغسل.

(ويثبت) - أي: الزنا - **(بشهادة أربعة رجال مجتمعين)**؛ أي: عند الحكام **(بالزنا لا بالوطء أو الجماع)**.

اشتراط الأربع؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ ولقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ ولقوله ﷺ للذي قذف امرأته: «أثبت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك»، ولأن في اشتراط الأربعة: تحقيق معنى الستر الذي هو مندوب إليه؛ إذ وقوف الأربعة على هذه الفاحشة نادر، وإنما كان الستر مندوباً إليه، لقوله ﷺ: «من ستر مسلماً.. ستره الله تعالى في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»، وإذا كان مندوباً إليه.. ينبغي أن تكون الشهادة بخلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه؛ لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل، وكراهة التنزيه [٦١٢/ب] في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزّنا ولم يهتك به.

أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به، بل بعضهم ربما افتخر به، فيجب كون الشهادة به أولى من تركها؛ لأن مطلوب الشارع: إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم.

فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم مبالاته.. فإخلاء الأرض بالحدود.

واشتراط الذكورة في الشهود لإدخال «التاء» في العدد فيما تلوناه ورويناه، ولأن شهادة النساء لا تخلو عن شبهة، والحدود تندرئ بالشبهات.

وأطلق الشهود: فشمل ما إذا كان الزوج أحدهم؛ لأنه جائز عندنا خلافاً للشافعي، هو يقول: إنه متّهم، ونحن نقول: التهمة ما يوجب جرّ نفع، بل الزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه خوف العار وخلو الفراش، خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار. كذا في «فتح القدير».

ولكنّه: لابد وأن يكون الزوج غير قاذف لها؛ إذ لو كان قد قذفها وشهد عليها بالزنا ومعه ثلاثة رجال.. حدّ الثلاثة للقذف، وعلى الزوج اللعان؛ لأن شهادة الزوج

لـم تقبـل؛ لمكـان التهمـة؛ لأنـه بشـهادته يسـعى فـي دفـع اللعـان عـن نفسـه كـذا فـي «الظهيرية».

فعلى هذا: لو قال بعض الشهود: إنّ فلانا قد زنى، أو قال له: قد زنيت، ثم جاء وشهد عن القاضي بزناه.. لا تقبل شهادته؛ لمكان التهمة؛ لأنه بشهادته يسعى في دفع حدّ القذف.

واشتراط اتحاد المجلس: لصحة الشهادة عندنا، حتى لو شهدوا متفرّقين.. لا تقبل شهادتهم، ويحدّون حدّ القذف، ولو جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد.. قبلت شهادتهم.

وقال الشافعي: تقبل شهادتهم ولو جاؤوا متفرّقين؛ اعتباراً بسائر الحقوق؛ لعدم التفصيل في النصوص، فيعمل بإطلاقها.

ولنا: قول عمر رضي الله عنه: «لو جاؤوا بمثل ربيعة ومعن فرادى.. لجلدتهم»؛ لأن قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفاً، وكذا الثاني والثالث، فلا تنقلب شهادة إلا للضرورة، وهو: ما إذا جاؤوا جملة فشهد واحد بعد واحد.. فتقبل شهادتهم؛ لتعذر أدائها جملة.

واشتراط لفظ الزنا؛ لأنه هو الدال على الفعل الحرام، لا لفظ الوطء والجماع، وكذا لو قالوا: إنه وطئها وطئاً حراماً.. لا تقبل.

على ما صرّح به في «البحر».

وفيه أيضاً: إنه لو شهد اثنان بالزنا واثنان آخران بالإقرار بالزنا.. فإنه لا يحدّ بهذه الشهادة، وكذا لا يحدّ الشهود أيضاً.

وإن شهد ثلاثة بالزنا [٦١٣/أ] وشهد الرّابع بالإقرار بالزّنا.. فعلى الثلاثة الحدّ؛ لأن شهادة الواحد على الإقرار لا تعتبر.. فبقي كلام الثلاثة قذفاً إذا قيد بقوله: تثبت بشهادتهم.

إِذا سَأَلَهُمُ الإِمَامُ عَن مَاهِيَّةِ الزِّنَا، وكيفيَّتِه، وَبِمَن زَنى، وَأينَ زنى، ومتى زنى، ....

(إذا سألهم الإمام عن ماهية الزنا) بما هي؛ احترازاً عن الغلط في ماهية الزنا.

واعلم: أن السؤال عن ماهية الزنا إنما يكون بعد السؤال عن مفهوم لفظ الزنا بطلب «ماء» الشارحة؛ أي: ما معنى هذا اللّفظ؟

ويجاب عنه: بمفهومه اللفظي أو الاسمي؛ ليمتاز به عن سائر المفهومات.

وبعد السؤال عن وجود هذا المفهوم بمطلب «هل» البسيطة؛ أي: هل لمفهوم الزنا وجود في الخارج أم لا؟! بل هو اعتباريّ محض.

ثم بعد العلم بوجوده يسأل عن كيفيته بمطلب «هل» المركبة.

وهذه المطالب الأربعة على هذا الترتيب لا بدّ وأن يتصور في كلّ ما سأل عنه، إلا أنّهم قصروا ههنا في ابتداء السؤال على مطلب «ما» الحقيقة؛ لأن الأحكام الشرعية إنما تترتب على الحقيقة الموجودة لا على المفهوم لفظا واسماً.

(وكيفيته: بمن زنى، وأين زنى، ومتى زنى).

واعلم: أنّ الشهود إذا شهدوا بالزنا.. لا بّد وأن يسألهم الحاكم عن خمسة أشياء:

عن ماهية الزنا؛ احترازاً عن الغلط في الماهية.

وعن كيفيته.

وعن مكانه.

وعن زمانه.

وعن المزنية.

احترازاً عن الغلط في كيفيته ومكانه وزمانه وفي المزنية.

ويدل على وجوب السؤال عن هذه الأشياء الخمسة: النقل والعقل.

أما النقل؛ فلأن النبي ﷺ استفسر عن الماهية، وعن الكيفية، وعن المزنية.

وأما العقل؛ فلأنّ الاحتياط في ذلك واجب؛ لأنه قد كان الفعل في غير الفرج عناه؛ لأنه ﷺ قال: «العينان تزنيان»، فلا يوجد ماهية الزنا، ولا كيفيته.

أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد، أو في التقادم من الزمان، وذلك يسقط الحدّ، وحدّ التقادم سيأتي ذكره.

أو كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود؛ كوطء جارية، فلا بد أن يستقصي في ذلك كله احتيالاً للدرء، فالنقل دل على وجوب السؤال عن الماهية، وعن الكيفية، وعن المزنية، والعقل دل على وجوب السؤال عن الخمسة، فمجموعها دل على وجوب السؤال عن الخمسة.

فإن قيل: الكلام في استفسار الشهود، والنقل المذكور في استفسار المقر على ما سيظهر، فكيف يستدل به على ما نحن فيه؟

فالجواب: أن علّة استفساره بعينها ثابتة في الشهود أيضاً.. فوجب استفسارهم.

أما أنّه استفسره عن الماهية، وعن الكيفية.. فما أخرج أبو داود [٦١٣/ب] والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء الأسلمى نبيّ الله ﷺ فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات في كلّ ذلك يعرض عنه فأقبل الخامسة، فقال: «أنكتها»؟ فقال: نعم، قال: «حتى غاب ذلك منك في ذلك منها؟» قال: نعم، قال: «كما يغيب المرود في المكحلة، والرشاء في البتر؟»، قال: نعم، قال: «فهل تدري ما الزنا؟» قال: نعم، أتيت منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: «فما تريد بهذا القول؟» قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم.

وأما استفساره عن المزنية.. ففيما أخرجه أبو داود قال: كان ماعز أتى إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول إنّي زنيت فأعرض رسول الله ﷺ عنه، فعاد حتّى قالها أربع مرات، فقال ﷺ: «إنك قد قلتها أربع مرّات، فبمن زنيت؟ قال: لفلانة، قال:

«هل ضاجعتها؟» قال: نعم، قال: «هل باشرتها؟» قال: نعم، قال: «هل جامعتها؟» قال: نعم، فأمر به.

هل يرجم هذا في الشهادة على زنى الرجل؟

ولو شهدوا على زنى المرأة لا بدّ أن يسألهم عن الزاني بها من هو؛ فإن فيه أيضاً الاحتمال المذكور؛ أعني احتمال الغلط في الزاني وزيادة، وهو جواز كون الزاني صبياً أو مجنوناً؛ بأن مكنت هي أحدهما؛ فإنه لا يجب عليها في ذلك حدّ على قول أبي حنيفة؛ على ما صرّح به في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: لو سألهم فلم يزيدوا على قولهم: أنهما زنيا.. لا يحد المشهود عليه، ولا الشهود؛ لأنهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم؛ لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا؛ ليظهر قذفهم بغير الزنا.

بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته.. فإنهم يحدّون.

فصار كما لو شهد به أربعة فساق بالزنا.. لا يقضي بشهادتهم ولا يحدّون؛ لأنهم باقون على شهادتهم، غير أنّهم لا يقبلون.

وعلى هذا: لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالتهم.. يسقط الحدّ عندنا.

بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع؛ فإن الشهادة على الزنى قذف، لكن عند تمام الحجة يخرج من أن يكون قذفاً، فلمّا لم يتم بامتناعه.. بقي كلام الثلاثة قذفاً.. فيحدون.

ولو شهدوا فسألهم، فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا.. لا يحدّ، وما وقع في أصل «المبسوط» من أن الرابع قال: أشهد أنه زنى، فسئل عن صفته، فلم يصفه.. أنه يحدّ: يحمل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة.

فبيِّنوهُ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فرجِهَا كالميلِ فِي المُكْحُلَةِ وَعُدِّلُوا سرَّاً وَعَلَانِيَةً.

(**فبينوه وقالوا: رأيناه وَطِئَها في فرجها**) بيان لماهية الزنا والزاني والمزنية بها، (**كالميل في المكحلة**) بيان لكيفية الزنا، (**وعدّلوا**) من التعديل [٦١٤/أ] (**سرّاً**) بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلّتهم، على وجه يتميز كلّ منهم عن الآخر لمن يعرفه، فكتب تحت اسمه: هو عدلِ مقبول الشهادة، (**وعلانية**) بأن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد، فيقول المزكي: هذا هو الّذي عدّلته.

وإنما احتيج إلى التعديل ولم يكتف بظاهر عدالتهم؛ احتيالاً للدرء؛ لأن النبي ﷺ قال: «ادرؤوا الحدود ما استطعتم»، بخلاف الحقوق المالية عند أبي حنيفة؛ حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة - وهو الإسلام - مع عدم ظهور فسقه.

ولا بد أن يعلم: أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود.. لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم؛ لأن علمه يغنيه عن ذلك، وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكي.

فإن قيل: قد تقررّ أن علم القاضي بالزنا لا يكفي في إقامة الحدود، بل لا بدّ في إقامتها من الإثبات بأربعة شهداء، أو الإقرار فما الفرق بينهما؟

فالجواب: أن الشرع أهدر علم القاضي بالزنا في إقامة الحدود بقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾ ولم يثبت إهداره علمه في حق تعديل الشهود، فوجب اعتبار علمه بعد التهم، على ما هو القياس.

وهل يحبس المشهود عليه بالزنا قبل تعديل الشهود.. لم يتعرضه المصنف، ففي «الأصل»: أنّ الشهود إذا وصف الأشياء المذكورة بعد السؤال عنهم.. يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود؛ لأنه متّهم به وقد يهرب.

وهل يؤخذ منه الكفيل؟

أَو: بِالْإِقْرَارِ ....

قالوا: لا وجه لأخذ الكفيل منه؛ لأن أخذ الكفيل نوع احتياط، وهذا ليس بمشروع فيما يندرىء بالشبهات.

فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل.

أجيب: بأن حبسه ليس للاحتياط، بل هو تعزير له؛ لأنه صار متّهماً بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحدّ بعد، وحبس المتّهم تعزيراً له: جائز.

بخلاف ما إذا شهدوا بالدَّين.. لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود؛ لأن أقصى العقوبات هناك - بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة - الحبس، فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن بعد الثبوت عقوبته أغلظ.

(أو بالإقرار) عطف على قوله بشهادة، وهو أحد طريقي ثبوت الزنا، وقد ذكرنا أنه لا يثبت بعلم القاضي، وإنما قدّم ثبوته بالبيّنة؛ لأنه المذكور في القرآن، ولأن الثابت بها أقوى، حتى لا يندرىء الحدّ بالفرار، ولا بالتقادم، ولأنّها [٦١٤/ب] حجّة متعدّية، والإقرار حجّة قاصرة.

وله شرطان:

أحدهما: كونه صريحاً، ولذا قلنا: لو أقرّ الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة.. لا يحدّ؛ للشبهة بعدم الصراحة، وكذا الشهادة عليه لا تقبل؛ لاحتمال أن يدعي شبهة؛ كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته.. فإنها لا تقبل؛ لاحتمال أنه يدعي الشبهة.

بخلاف الأعمى؛ فإنه صحّ إقراره والشهادة عليه، وكذا الخصي والعنين.

والثاني: أن لا يظهر كذبه، حتى لو أقرّ فظهر مجبوباً أو أقرّت فظهرت رتقاء.. لا يعتبر إقراره، وكونها رتقاء.. إنما يظهر بإخبار النساء بأنها رتقاء قبل الحد، وإخبارها بالرتق يوجب شبهة.

عَاقِلاً بَالغاً أَربعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مجَالِسَ، كلَّما أقرّ.. ردَّهُ حَتَّى يغيبَ عَن بَصَرِهِ، ....

ولو أقرّ أنه زنى بخرساء، أو هي أقرّت بأخرس.. لا حدّ على واحد منهما؛ لاحتمال ظهور كذبه.

وقال في «البحر»: ولا بدّ من أن لا يكذبه الآخر في إقراره، حتى لو أقّر الرجل بالزنا بفلانة فكذبته.. درئ الحد عن الرّجل؛ سواء قالت: إنه تزوجني، أو لا أعرفه أصلاً.

وإن أقرت المرأة بالزنا بفلان وكذبها الرجل.. فلا حد عليها أيضاً عند الإمام، خلافاً لهما في المسألتين:

ثم قال نقلاً عن «المحيط»: إن الحد متى لم يجب على المرأة أصلاً أو تعذر استيفاؤه عليها.. لا يجب على الرجل، ومتى لم يجب على الرجل أصلاً.. لم يجب على المرأة بالإجماع، وإن انعقد فعله موجباً للحد، لكن بطل الحدّ عنه لمعنى عارض.. لا يمنع الوجوب على المرأة عنده، خلافاً لهما. انتهى.

ثم لا بد أن يكون الإقرار حال الصحو، حتى لو أقرّ بالزنا أو بالسرقة حال صحوه لا يحدّ؛ لأن الإقرار يحتمل الكذب، فاعتبر هذا الاحتمال حال سكره لا حال صحوه.

وأما لو سرق أو زنى في حال سكره.. فيحدّ؛ لأن فعله ليس كإقراره.

(**عاقلاً بالغاً**) ولم يشترط الإسلام والحرية؛ لأن إقرار الذمي والعبد بالزنا أو بغيره ممّا يوجب الحد.. صحيح وإن كان مولاه غائباً، وكذا القطع والقصاص؛ كذا في «البحر».

(**أربع مرّات في أربعة مجالس، كلّما أقرّه.. ردّه**) القاضي (**حتى يغيب عن بصره**) اشتراط العقل والبلوغ؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير معتبر بلا إذن، وبعده غير موجب للحد، واشتراط الأربع مذهبنا.

وقال الشافعي ومالك والحسن: يكتفي بالإقرار مرة واحدة كما اكتفى فيه في سائر الحقوق بمرة واحدة، وهذا: لأن الإقرار مُظهر لا مُثبت، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الإظهار.

بخلاف زيادة العدد في الشهادة.. فإنها تفيد زيادة في طمأنية القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك.

ولنا: حديث ما عز؛ فإنه جاء إلى رسول الله ﷺ [٦١٥/أ]، فقال: زنيت، فأعرض رسول الله ﷺ، فعاد، حتى قال ذلك أربع مرّات، ثم قال له ما قال: فأمر برجمه، فلو كان الإقرار مرّة واحدة كافياً.. لم يؤخّر الحدّ إلى أن تم الإقرار أربع مرّات؛ لأن إقامة الحد عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ.

فإن قيل: إذا لم يثبت الحدّ بإقراره مرّة واحدة.. فقد اعترف بوطء لا يوجب الحدّ.. فيجب المهر، وإذا وجب المهر.. لا يجب الحدّ من بعد؛ لأن العوض والحدّ لا يجتمعان في وطء واحد.

أجيب: بأنّ الإقرار أربع مرّات: لمّا اعتبر حجة لإثبات الزنا.. لم يتعلّق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف؛ فإن تمت الحجّة.. وجب الحدّ، وإن لم تتم.. وجب المهر، ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد، فكذا الإقرار؛ إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لأمر الستر، بخلاف سائر الحقوق؛ فإن نصاب الشهادة فيها ليس أربعة، فكذا الإقرار، كذا قالوا، وفيه بحث؛ لأنه يلزمه أن يكون الإقرار في سائر الحقوق: اثنين كالشهادة فيها.

واختلفوا في اشتراط كون الإقرار في أربع مجالس من مجالس المقر، فقال به علماؤنا، ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد ومن تبعهما؛ فإنهم اكتفوا بالأربع في مجلس واحد.

ثُمَّ سَأَلَ كَمَا مرَّ، سوى الزَّمَانِ فبيَّنَهُ.

وَنُدِبَ تلقينُهُ ليرْجِعَ: ....

والحجة عليهم: ما في «صحيح مسلم» عن بريدة: أنّ ماعزاً أتى النبي ﷺ فردّه، ثم أتاه الثانية من الغد فردّه، ثم أرسل إلى قومه: «هل تعلمون بعقله بأساً؟» فقالوا: ما نعلمه إلّا وافي العقل من صالحينا، فأتاه الثالثة، فأرسل إليهم أيضاً فسألهم، فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله، فلما كانت الرابعة.. حفر له حفرة فرجمه؛ فإنه أدّل دليل على اختلاف المجالس، ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات؛ فعند اتحاد المجلس.. يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار.

وإنما اعتبر مجلس المقر دون مجلس القاضي في الاختلاف والاتّحاد؛ لأن الإقرار قائم بالمقر.. فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي، والاختلاف في المجلس: بأن يردّه القاضي كلّما أقرّ فذهب حيث لا يراه، ثم يجيء فيقر.

ثم ما روي عن أبي حنيفة: وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار، ويظهر له الكراهة من ذلك، ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كلّ مرّة؛ لأن النبي ﷺ فعل ذلك.

وفي «البحر» عن «الظهيرية»: ولو أقر كلّ يوم مرّة، أو كلّ شهر مرة.. فإنه يحد.

(**ثم سأل**) أي: إن تم الإقرار أربع مرات.. سأله الحاكم (**كما مرّ**) عن ماهية الزنا وكيفيته وبمن زنى وأين زنى (**سوى الزمان**) [٦١٥/ب]؛ لأن تقادم العهد يمنع الشهادة، ولهذا سأل عن الزمان في الشهادة، ولا يمنع الإقرار.. فلا يلزمه السؤال عنه، حتى لو أقرّ كلّ شهر مرّة.. يعمل بإقراره؛ على ما ذكرناه آنفا.

وقال بعض مشايخنا: يسأله عن الزمان أيضاً؛ لاحتمال أنه زنى في صباه.

وفي «البحر»: وهذا هو الأصحّ.

(**فبيّنه**)؛ فإذا تم البيان.. يجب الحدّ، لكنّه (**ندب تلقينه**)؛ أي: تلقين الحاكم (**ليرجع**) عن الإقرار احتيالاً لدرء الحدّ.

بلعلَّكَ قبَّلتَ، أَو لمستَ، أَو وطئْتَ بِشُبْهَةٍ.

فَإِن رَجَعَ قَبْلَ الْحَدِّ أَو فِي أَثْنَائِهِ. تُرِكَ.

وَالْحَدُّ للمُحصَنِ: رجمُهُ فِي فَضَاءٍ حَتَّى يَمُوتَ.

يَبدأُ بِهِ الشُّهُودُ؛..

والرجوع عن إقراره: أعمّ من الرجوع بالقول أو بالفعل كما إذا هرب؛ على ما في «الحاوي».

بخلاف ما إذا ثبت الزنا بالبينة فهرب في حال الرجم.. أتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه؛ على ما في «الحاوي» أيضاً.

وإنكار الإقرار رجوع، كما أنّ إنكار الرّدة توبة.

(**بلعلّك قبلت، أو لمست، أو وطئت بشبهة؛ فإن رجع قبل**) إقامة (**الحدّ أو في أثنائه.. ترك**) وخلّي سبيله.

وقال الشافعي: يقيم عليه الحدّ؛ لأنه وجب بإقراره، فلا يبطل برجوعه وإنكاره، كما إذا وجبت بالشهادة، فصار كالقصاص وحدّ القذف.

قلنا: إن الرّجوع غير محتمل للصدق كالإقرار، وليس أحد يكذبه فيه.. فتتحقق الشبهة في الإقرار بتعارض الخبرين من غير مرجح لأحدهما، بخلاف ما فيه حقّ العبد، وهو: القصاص وحدّ القذف؛ لوجود من يكذبه، ولا كذلك ما هو خالص حقّ الشرع.

وفي «الخانية»: رجل أقرّ عند القاضي بالزنا أربع مرّات، فأمر القاضي برجمه، فقال: والله ما أقررت بشيء.. يدرأ عنه الحدّ.

(**والحدّ للمحصن: رجمه في فضاء حتّى يموت**)؛ لأن النبي ﷺ رجم ماعزاً وقد أحصن، وعليه انعقد الإجماع.

(**يبدأ به الشهود**)؛ لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء، ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايتهم احتيال للدرء.

فَإِن أَبَوا، أَو غَابُوا، أَو مَاتُوا.. سَقَطَ.

ثمَّ الإِمَامُ، ثمَّ النَّاسُ.

وَفِي الْمُقِرِّ: يبدأُ الإِمَامُ، ثمَّ النَّاسُ.

وَيَغَسَّلُ وَيُصلَّى عَلَيْهِ.

ولغير الْمُحصَنِ: مائَةُ جلدَةٍ.

وَلِلْعَبْدِ: نصفُهَا.

(فإن أبوا، أو غابوا، أو ماتوا) كلهم أو بعضهم، وكذا لو عمي أو أخرس أو جنّ أو ارتدّ أو قذف فحدّ.. (سقط الحد) على الأصحّ.

فإذا سقط بامتناع أحدهم، فهل يحدّ الشهود؟

قيل: لا يحدّ، لأنّهم ثابتون على الشهادة، وإنما امتنع بعضهم عن مباشرة القتل، وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة عليه.

(ثم) يبدأ (الإمام، ثم الناس)، هكذا روى عن علي رضي الله عنه.

(وفي المقرّ يبدأ الإمام، ثم الناس)؛ لما روي أن النبي ﷺ رمى الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا.

(ويغسل ويصلى عليه)؛ لقوله ﷺ لماعز: «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم»، ولأنه قتل بحقّ.. فلا يسقط الغسل؛ كالمقتول قصاصاً.

وصلّى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت.

(ولغير المحصن مائة جلدة) إن كان حرّاً؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [٦١٦/أ]، إلّا أنه انتسخ في حقّ المحصن بآية أخرى نُسخت تلاوتها وبقي حكمها؛ أعني: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالاً من الله» تعالى، فبقي في حق غيره معمولاً به.

(وللعبد: نصفها) أي نصف المائة؛ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾، ولأن الرق منصّف.

بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ، ضرباً وسطاً، مفرَّقاً على بَدَنِهِ إِلّا الرَّأْسَ وَالْوَجْهَ والفرجَ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُضْرَبُ الرَّأْسُ ضَرْبَةً.

وَيُضْرَبُ الرَّجُلُ قَائِماً فِي كلِّ حدٍّ بِلَا مدٍّ، ....

(بسوط لا ثمرة له)؛ لأن عليّاً لما أراد أن يقيم الحدّ.. كسر ثمرته، قال في «المغرب»: ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمر الشجر، وهي عذبته وذنبه وطرفه، وفي «المجمل»: ثمر السياط: عقد أطرافها، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له؛ يعني العقدة، والأول: أصحّ؛ لما ذكره «الطحاوي»: أنّ عليّاً جلد الوليد بسوط له طرفان - وفي رواية: له ذنبان - أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين.

(ضرباً وسطاً)؛ لأن المُفْرِط يفضي إلى الهلاك، والمفرِّط إلى الخلو عن المقصود وهو الانزجار (مفرقاً على بدنه)؛ لأن الجمع على موضع واحد من بدنه قد يفضي إلى التلف، والحد شرع زاجراً لا متلفاً (إلّا الرأس والوجه والفرج)؛ هكذا روي عن النبي ﷺ.

ولأن الفرج مقتل، والرأس والوجه مجمع الحواس، فلا يؤمن من فوات شيء منها بالضرب، وذلك إهلاك معنى.. فلا يشرع حدّاً.

(وعند أبي يوسف: يضرب الرأس ضربة)؛ لما روى عن أبي بكر: اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً.

قلنا: إنما قاله فيمن أبيح قتله.

(ويضرب الرجل قائماً في كلّ حدّ) لقول علي رضي الله عنه: يضرب الرجال في الحدود قياماً، والنساء قعوداً، ولأن مبنى إقامة الحدّ على التشهير، والقيام أبلغ فيه.

(بلا مد)؛ قيل: معناه: أن يلقى على الأرض ويمدّ كما يفعل في زماننا.

وقيل: أن يمدّ السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه.

وَيَنْزِعُ ثِيَابَهُ سِوى الْإِزَارِ.

وَالْمَرْأَةُ: جالسةً وَلَا تَنْزِعُ ثِيَابَهَا، إِلّا الفروَ والحَشوَ.

ويُحفَرُ لَهَا فِي الرَّجْمِ، لَا لَهُ.

وَلَا يَحُدُّ سَيِّدٌ مَمْلُوكَهُ بِلَا إِذنِ الإِمَامِ.

وقيل: أن يمدّه بعد الضرب على جسد المضروب، وفيه زيادة ألم، وذلك كلّه لا يفعل؛ لأنه زيادة على المستحق.

(**وينزع ثيابه**)؛ لما روي أن عليّاً كان يأمر بالتجريد في الحدود؛ لأنه أبلغ في إيصال الألم إليه، وهو أوفى في الانزجار، (**سوى الإزار**)؛ لأن فيه كشف العورة.

(**والمرأة جالسةً**)؛ لما رويناه من قول علي، ولأنه أستر لها.

(**ولا تنزع ثيابها**) لما ذكرناه (**إلا الفرو والحشو**)؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**ويحفر لها في الرجم**)؛ لما روي أنّ النبي ﷺ حفر للغامدية إلى ثندوتها، وحفر علي لشراحة الهمدانية، وهذا مندوب، وإن ترك.. جاز؛ لأنه ﷺ لم يأمر بذلك، وهي مستورة بثيابها.

(**لا له**)؛ لأن النبي ﷺ ما حفر لماعز، ولأن مبنى الإقامة على التشهير [٦١٦/ب] في الرجال.

والربط والإمساك غير مشروع.

(**ولا يحدّ سيّد مملوكه بلا إذن الإمام**)؛ لقوله ﷺ: «أربع إلى الإمام» وذكر منها الحدود، ولأن الحدّ حق الله تعالى، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع، وهو الإمام أو نائبه.

بخلاف التعزير؛ لأنه حق العبد، ولهذا يعزر الصبي، وهذا حجّة على الشافعي ومالك في القول بأن السيّد يقيم الحد على مملوكه.

وإِحصانُ الرَّجْمِ: الْحُرِّيَّةُ، والتكليفُ، وَالْإِسْلَامُ، والوطءُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ. حَالَ وجودِ الصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ فيهمَا.

(وإحصان الرّجم) - احترز به عن إحصان القذف؛ فإنه غيره على ما سيأتي -: (الحرية، والتكليف) بأن كان عاقلاً بالغاً، (والإسلام)، وقال الشافعي وأحمد: الإسلام ليس بشرط في الإحصان، وهو رواية عن أبي يوسف.

فلو زنى الذمي الثيّب الحر.. يجلد عندنا، ويرجم عندهم.

لهم: ما في «الصحيحين»: أنّ اليهود جاؤوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلاً زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: «ما تجدون في التوراة في شأن الرجم؟» فقالوا: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فاقرؤوها فوضع أحدهم يده على آية الرجم، فقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال له عبد الله: ارفع يدك، فرفع يده؛ فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدق يا محمد، فأمر بهما النبي ﷺ فرجما.

قلنا: إنه إنّما رجمهما بحكم التوراة؛ فإنه سألهم عن ذلك أولاً، وإنّ ذلك إنما كان عندما قدم النبي ﷺ المدينة، ثم نزلت آية حد الزنا، وليس فيها اشتراط الإسلام في الرجم، ثم نزل حكم الإسلام في الرجم باشتراط الإحصان، وإن كان غير متلو، وعلم ذلك من قوله ﷺ: «من أشرك بالله.. فليس بمحصن» روي مرفوعاً وموقوفاً.

(والوطء)؛ أي الدخول بها، والمعتبر في الدخول المحصن للإحصان: الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل؛ على ما صرّح به في «الهداية»، وذلك بغيبوبة الحشفة؛ أنزل أو لم ينزل، ولو في الحيض؛ (بنكاح صحيح).

وفي «فتح القدير»: لا بد أن تكون صحّة النكاح قائمة حال الدخول، حتى لو تزوج من عَلَّق طلاقَها بتزوّجها.. يكون النكاح صحيحاً، فلو دخل بها عقيبه.. لا يصير محصناً؛ لوقوع الطلاق قبله.

وقوله: (حال) متعلق بالوطء بنكاح صحيح (وجود الصفات المذكورة فيهما) من الحرية والتكليف والإسلام.

واعلم: أن المتقدمين ذكروا أنّ إحصان الرجم بأمور سبعة: الحرية، والعقل، والبلوغ، والإسلام، والنكاح الصحيح، والدخول بها، وكونها على هذه الحالة حين الدخول.

أما العقل والبلوغ: فشرط لأهلية العقوبة؛ لعدم الخطاب بدونها.

وأما البواقي: فشرط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة عليه [٦١٧/أ]؛ لأن كفران النعمة يتغلّظ عند تكثير النعمة، وتغلّظه يستدعي تغلّظ العقوبات، وهذه الأشياء من جلائل النعم.. فكفرانها يكون سبباً لأفحش العقوبات، وهو الرجم إلى أن يموت؛ ليكون الحكم على قدر سببه، وإنما انحصرت الشرائط على هذا العدد؛ لأن الرجم بالزنا قد شرع ابتداء عند اجتماع هذه الأشياء.. فيناط بها.

والشرف والعلم والجمال، وإن كان من جلائل النعم.. إلا أن الشرع لم يَرِد باعتبارها، ونصب الشرع بالرأي متعذّر.

ولأن الحرية مُمَكِّنة من النكاح الصحيح، والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال، والدخول شبع بالحلال، والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرّية.. فيكون الكل مزجرة عن الزنا، والجناية بعد توافر الزواجر: أغلظ، والشرف والعلم والجمال ليس كذلك؛ إذ لا مدخل لها في الاستغناء عن الزّنا، فلم يعتبر.

وأما اشتراط كونهما على الصفات المذكورة عند الدخول، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية.. لا يكون محصنا عندنا بهذا الدخول، حتى لو زنى بعده.. لا يرجم، ويرجم عنده.

وكذا لو تزوّجت الحرة العاقلة البالغة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها.. لا تصير هي محصنة، فلا ترجم لو زنت.

ولو تزّوج مسلم ذمية فأسلمت هي بعدما دخل بها.. لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد إسلامها.

وَلَا يُجمَعُ بَينَ جلدٍ ورجمٍ، وَلَا بَينَ جَلْدٍ وَنفيٍ إِلَّا سياسةً.

وكذا لو أعتقت الأمة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعدما دخل بها.. لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الإعتاق.

وعلى هذا لو بلغت بعدما دخل وهي صغيرة.

وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معاً.. بطل إحصانهما؛ فإذا أسلما.. لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام.

ثم وجه هذا الشرط عندنا: أن النعمة تتكامل بذلك؛ إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة.

وقلّما يرغب في الصّبية؛ لقلّة رغبتها في الزوج.

وفي المملوكة أيضاً؛ حذراً عن رق الولد.

ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين، فعند فوات شيء من هذه النعم في واحد من الطرفين.. لا تتكامل النعمة، هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: إن إسلام المنكوحة من وقت الدخول ليس بشرط لإحصان الزاني، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة.. يصير محصناً، فيرجم لو زنى بعده.

والحجة عليه: ما ذكرناه من أنه لا ائتلاف مع الاختلاف في الدين، وما ذكره شمس الأئمة السرخسي في «مبسوطه» من قوله ﷺ: «لا تحصن المسلمَ اليهوديةُ، ولا النصرانية [٦١٧/ب]، ولا الحرَّ الأمةُ، ولا الحرةَ العبدُ».

(**ولا يجمع بين جلد ورجم**) أي في المحصن؛ لأن النبي ﷺ لم يجمع بينهما أصلاً، ولأن الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار؛ لأن انزجار غيره يحصل بالرجم، وزجره لا يتحصل بعد هلاكه.

(**ولا بين جلد ونفي**) أي في البكر (**إلّا سياسة**) أي رآها الإمام أو نائبه.

وَالْمَرِيضُ يُرْجَمُ وَلَا يُجلَدُ مَا لم يَبرَأْ.

وَالْحَامِلُ إِن ثَبتَ زِنَاهَا بِالْبَيِّنَةِ.. تُحبَسُ حَتَّى تَلِدَ، وَتُرْجَمُ إِذا وَضَعَتْ، وَلَا تُجَلدُ مَا لم تَخْرُجْ مِن نفَاسِهَا.

وقال الشافعي: يجمع بينهما في حق الرجل والمرأة معاً حدّاً؛ لقوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»، ولأن في التغريب حسم باب الزنا؛ لقلّة المعارفة والمؤانسة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوا﴾ جعل الجلدَ كلَّ الموجب؛ لأنه إذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء.. كان هو الجزاء لا غير؛ على ما عليه الاستقراء، ولأن السكوت في موضع البيان بيان، فدلّ أن ما يحتاج إلى بيانه هو الجلد لا غير، وإلّا لما سكت المبيّن، ولأن في التغريب فتح باب الزنا؛ لانعدام الاستحياء من العشيرة، ثم فيه قطع مواد البقاء، فربما تتخذ زناها مكسبة، وهو من أقبح وجوه الزنا، وما رواه منسوخ كشطره، وهو قوله ﷺ: «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» أو محمول على السياسة كما حمل عليها ما روي عن أبي بكر أنه جلد بكرين ونفاهما.

(والمريض يرجم)؛ لأن الإتلاف مستحق، فلا يمنع بسبب المرض.

(ولا يجلد ما لم يبرأ) كي لا يفضي إلى الهلاك، وهو غير مستحق له.

ولهذا لا يقام القطع عند شدّة البرد والحر.

(والحامل إن ثبت زناها بالبينة.. تحبس حتى تلد) كي لا تهرب.

بخلافه ما إذا ثبت بالإقرار؛ لأن الرجوع عنه عامل، فلا يفيد الحبس.

(وترجم إذا وضعت) الحمل لا قبله؛ كي لا يؤدي إلى هلاك الولد.

(ولا تجلد ما لم تخرج من نفاسها) بعد الوضع؛ لأن النفاس نوع مرض، فيؤخر إلى زمان البرء، بخلاف الرجم؛ لأن التأخير لأجل الولد، وقد انفصل.

وَإِن لم يكن للولدِ مَن يُربِّيهِ.. لَا تُرْجَمُ حَتَّى يَسْتَغْنِيَ عَنْهَا.

(**وإن لم يكن للولد من يربيه.. لا ترجم حتى يستغني عنها**)، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع، وقد روي أنه ﷺ قال للغامدية بعدما وضعت: «ارجعي حتّى يستغني ولدك».

* * *

(بَابُ الوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ)

الشُّبْهَةُ دارئةٌ للحدِّ، ....

(بَابُ الوَطْءِ الّذي يُوجِبُ الحَدَّ وَالّذِي لَا يُوجِبُهُ)

قد تقدم معنى الزنا لغةً وشرعاً، وهو الذي يوجب الحدّ، وهذا الباب لتفاصيله، ثم بدأ ببيان الشبهة، فقال: (**الشبهة دارئة للحد**)؛ لأن الحدّ عقوبة كاملة، فلا بدّ أن يكون ما يوجبها كاملاً أيضاً، والشبهة تمنع كمال الموجب وهو الزنا، ولقوله ﷺ: «ادرؤا الحدود بالشبهات» وهو في «مسند أبي حنيفة» عن مقسم [٦١٨/أ] عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ، قالوا: وهذا الحديث مما تلقته الأمة بالقبول.

ثم لا بدّ أن تعلم الشبهة فقالوا: الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، وللفظها في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات:

فالشافعية قالوا: الشبهة ثلاثة أقسام: في المحل، والفاعل، والجهة.

أما الشبهة في المحلّ: فوطء زوجته الحائض، والصائمة، والمحرمة، وأمته قبل الاستبراء، وجارية ولده، ولا حدّ فيه.

ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع؛ كأخته أو ابنته أو أمّه من الرضاع وموطوءة أبيه أو ابنه.. يجب عليه الحد على الأظهر؛ على ما في «فتح القدير».

وأما الشبهة في الفاعل: فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظناً أنها امرأته، فلا حدّ، وإذا ادّعى أنه ظن ذلك.. صدّق بيمينه.

وأما الشبهة في الجهة: فقال الأصحاب: كل جهة صحّحها بعض العلماء وأباح الوطء بها.. لا حدّ فيها، وإن كان الواطئ يعتقد التحريم؛ كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود؛ فإن المالكية والشافعية يعتقدون حرمة الوطء بنكاح بلا ولي، ولا حدّ على الواطئ عندهم؛ لأن هذا الوطء مباح عندنا.. فيصلح شبهة في إسقاط الحد.

وَهِي نَوْعَانِ:

شُبْهَةٌ فِي الْفِعْلِ، وَهِي: ظَنُّ غيرِ الدَّلِيلِ دَلِيلاً، فَلَا يُحَدُّ فِيهَا إِن ظن الْحِلَّ، وإِلّا.. يُحَدُّ؛ كوطءِ مَعَتدَّتِهِ مِن ثَلَاثٍ، ....

والوطء بنكاح بلا شهود: حرام عندنا، ولا حدّ على الواطىء عندنا؛ لأن مالكاً وابن أبي ليلى وعثمان البتّي أباح هذا الوطء.. فصار شبهة لنا في إسقاط الحدّ.

وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين.

أحدهما: شبهة في الفعل، وتسمى: شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة؛ أي شبهة في حق من اشتبه عليه الحلّ والحرمة دون من لم تشتبه عليه.

وثانيهما: شبهة في المحلّ، وتسمّى: شبهة حكميّة، وشبهة ملك، هذا على قول الإمامين.

وعلى قول أبي حنيفة: لها قسم ثالث: سمّي شبهة العقد، على ما سيأتي بيانه.

(**وهي**) - أي الشبهة على قول الإمامين - (**نوعان، شبهة في الفعل**) أي شبهة لا تتحقق إلّا في حقّ من اشتبه عليه، وليست شبهة في حق من لم تشتبه عليه؛ على ما أشار إليه بقوله: (**وهي ظن غير الدليل دليلاً**)؛ يعني: اشتبه عليه الحل والحرمة، ولا دليل في السمع يفيد الحلّ، ويظن غير الدليل دليلاً، وسيأتي بيانه في أثناء تمثيلاته (.. **فلا يحدّ فيها**) أي في هذه الشبهة؛ اعتباراً بظنه، لكن لا مطلقاً، بل (**إن ظن الحلّ، وإلّا**)؛ أي: وإن لم يظن الحلّ، بل قال علمت أنها حرام (.. **يحدّ**)؛ لأنه لو لم يكن له ظن الحلّ.. فلا شبهة أصلاً؛ لفرض أن لا دليل أصلاً يثبت الشهبة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظن الحلّ ثابتاً [٦١٨/ب].. لم تكن شبهة أصلاً، فيجب الحد.

وهذه الشبهة في مواضع ثمانية (**كوطء معتدّته من ثلاث**)؛ فإنه إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.. لا يحدّ.

وإن قال: علمت أنها حرام علي.. يحدّ؛ لأنّ بقاء بعض الأحكام بعد الطلقات الثلاث - من لزوم النفقة، والسكنى، ومن حرمة نكاح الأخت، وثبوت النسب -

أَو مِن طَلَاقٍ على مَالٍ، أَو أُمِّ ولدٍ أعْتقهَا، أو أَمَةَ أَصلِهِ وَإِن علا، أَو أَمَةَ زَوجتِهِ أَو سَيّدِهِ.

وَكَذَا وطءُ الْمُرْتَهِنِ الْمَرْهُونَةَ فِي الْأَصَحِّ.

شبهة تورث ظن الحلّ.. فيعتبر ظنه، وهذا ليس بدليل على الحلّ، بل ظنّ غير الدليل دليلاً.. فلا يحدّ به.

(أو) وطئ معتدته (**من طلاق على مال**).

وكذا وطئ مختلعته في عدّتها.

بخلاف الطلاق البائن دون الثلاث إذا لم يكن على مال أو على خلع فوطئها في العدة.. فإنه لا حد عليه وإن قال: علمت أنها حرام علّي على ما سيأتي في شبهة المحلّ.

(**أو**) وطئ (**أم ولد أعتقها**) مولاها وهي في العدة؛ لأن أثر الفراش قائم فيها، فكان ظنه في موضع الاشتباه.. فيعتبر شبهة في سقوط الحدّ.

(**أو أمة أصله**) من أبيه أو أمه (**وإن علا**)؛ لأن الإنسان ينتفع بمال أصله حسب انتفاعه بمال نفسه، فكان هذا ظناً في موضع الاشتباه.. فيمنع الحدّ.

(**أو أمة زوجته**) لظنه أنه استخدام، واستخدامها حلال له.

(**أو**) وطئ أمة (**سيده**) لما ذكرناه من أن الإنسان ينتفع بمال أصله؛ لأن السيد بمنزلة ربّ العبد.

(**وكذا وطء المرتهن**) الأمة (**المرهونة في الأصح**)، وهو رواية كتاب الحدود؛ لأن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية، فيكون شبهة في الفعل؛ كما في الإجارة؛ فإنها لا تفيد ملك المتعة بحال، فلا يورث قيامُها في المحلّ شبهةً حكمية.

وَشُبهةٌ فِي الْمحلِّ، وَهِي: قيامُ دَلِيلٍ نافٍ للْحُرْمَةِ فِي ذَاتهِ، فَلَا يُحدُّ فِيهَا وَإِن عَلِمَ بِالْحُرْمَةِ، كوطءِ أَمَةِ وَلَدِهِ ....

وقيل - وهو رواية كتاب الرهن -: إنه لا يجب الحد في وطء الجارية المرهونة؛ سواء ادّعى الظن أو لم يدّع؛ كما في الجارية المشتركة؛ لأنه وطء جارية انعقد له فيها سبب الملك.. فلا يجب عليه الحد أصلاً، فيكون من النوع الثاني.

وفي «فتح القدير»: والمستعير للمرهن في هذا الحكم بمنزلة المرتهن.

وفي «الإيضاح»: في المرهونة: إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.. ذكر في كتاب الرهن: أن لا يحد، وفي كتاب الحدود: يحدّ ولا يعتبر ظنه؛ لأنه لا استيفاء من عينها، بل من معناها، فلم يكن الوطء حاصلاً في محل الاستيفاء.. فلا شبهة فعل، وصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت.

ووجه عامة الروايات: أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال، ويصير مستوفياً ومالكاً بالهلاك من وقت الرهن، فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع.

ووجه رواية كتاب الحدود: أنَّ عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال [٦١٩/أ] كالمستأجرة للخدمة، ومقتضاه: أن يجب الحدّ وإن اشتبه، إلا أنَّ ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة، وإن لم يكن في الرهن سبباً.

بخلاف الإجارة؛ فإن الثابت بها ملك المنفعة، ولا يمكن كونه سبباً لملك المتعة.

وبخلاف البيع بالخيار؛ فإنه يفيد الملك حال قيام الجارية، بخلاف الجارية المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها، فلا يتصور كون ملكها سبباً للاستمتاع بها، فكان كملك المنفعة.

(**وشبهة في المحلّ**) وتسمى: شبهة حكمية، وشبهة ملك أيضاً، (**وهي: قيام دليل ناف للحرمة في ذاته**)، لكن لا يكون عاملاً في الحلّ لمانع اتّصل بها، وهذه الشبهة لا تتوقف على ظنّ الجاني واعتقاده (.. **فلا يحّد**) الجاني (**فيها**) أي في هذه الشبهة (**وإن علم بالحرمة**) حتى قال: علمت أنها عليّ حرام؛ (**كوطء أمة ولده**)، فلا يحدّ به

وَإِن سَفَلَ، أَو مُشْتَرَكَتِهِ، أَو معتدَّتِهِ بِالْكِنَايَةِ دونَ الثَّلَاثِ، أَو البائعِ الْمَبِيعَةَ، أَو الزَّوْجِ الممهورةَ قبلَ تَسْلِيمِهَا.

لشبهة قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك».

والمراد بالأمة ههنا: غير موطوءة الولد؛ لأنه لو وطئ موطوءة ولده.. يجب عليه الحدّ على الأظهر؛ على ما في «فتح القدير»، وقد ذكرناه في أول الباب.

(**وإن سفل**) لعموم ما رويناه.

(**أو مشتركته**) لقيام الملك في النّصف.

(**أو معتدته بالكناية دون الثلاث**)؛ لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بانية.

قيدّ المعتدّة بالكناية وما دون الثلاث؛ احترازاً عن شبهة المعتدة على طلاق على مال، وعن معتدّة المختلعة، وعن معتدة الثلاث؛ لأنها من النوع الأول؛ على ما سبق ذكرها.

(**أو**) وطئ (**البائع**) الأمة (**المبيعة**) قبل التسليم إلى المشتري؛ لأن اليد التي كان البائع بها متسلّطاً عليها بالوطء باقية بعد، فصارت شبهة في المحلّ.

(**أو**) وطئ (**الزوج**) الجارية (**الممهورة**)؛ أي الّتي أعطاها الزوج زوجته لمهرها (**قبل تسليمها**) أي: تسليم البائع والزوج؛ لما ذكرناه في المبيعة، وقد مرّ أنّ وطء المرتهن المرهونة من هذا النوع؛ على رواية كتاب الرّهن، فبلغ مواضع شبهة المحل ستة، وينبغي أن يزاد عليه بصور ذكرها.

في «فتح القدير»: مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه.

ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد، والتي فيها الخيار للمشتري.

ووطء جاريته التي هي أخته من الرّضاع.

ووطء جاريته قبل الاستبراء.

وَالنّسبُ يثبتُ فِي هَذِهِ عِنْدَ الدَّعْوَةِ، لَا فِي الأُولى وَإِنِ ادِّعَاها.
وَيحدُّ بوطءِ أَمَةِ أَخِيهِ أَو عَمِّهِ وَإِن ظَنَّ حِلَّهَا.

ووطء زوجته التي حرمت عليه بردّتها، أو مطاوعتها لابنه، أو جماعِه أمَّها، ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام.. فلا حدّ عليه.

(**والنّسب يثبت في هذه**) الشبهة (**عند الدعوة لا في الأولى، وإن ادّعاها**)؛ لأن الفعل تمحض زناها في الأولى، وإن سقط الحدّ [٦١٩/ب] لأمر راجع إلى الوطء وهو اشتباه الأمر عليه لا إلى المحلّ، وكأنّ المحلّ ليس فيه شبهة حلّ، ولهذا لا يثبت به عدة؛ لأنه لا عدة من الزنا.

وههنا بحث، ولنا فيه جواب ذكرناه في أوّل باب العدّة فارجع إليه، بخلاف الشبهة الثانية؛ فإن الفعل لم يتمحض فيها زناً.. فيثبت فيها النسب والعدّة.

(**ويحدّ بوطء أمة أخيه أو عمّه، وإن ظن حلّها**)، فلا يعتبر قوله: ظننت أنها تحل؛ لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما، وكذا سائر المحارم؛ لعدم الانبساط بينهما أيضاً، فدعوى ظنِّه الحلَّ غير معتبرة.

فإن قيل: إنه ذكر في «المحيط»: أنّ من شرائط الحدّ: العلم بالتحريم، حتى لو لم يعلم بالحرمة.. لم يجب الحدّ للشبهة، ألا ترى إلى ما روي سعيد بن المسيب: أن رجلاً زنى باليمن، فكتب في ذلك عمر: «وإن كان يعلم أنّ الله قد حرّم الزنا.. فاجلدوه، وإن كان لا يعلم.. فعلّموه؛ فإن عاد.. فاجلدوه»، ولأن الحكم في الشرعيّات لا يثبت إلّا بعد العلم؛ فإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام: أقيم مقام العلم، ولكن الأقلّ من إيراث شبهة؛ لعدم التبليغ.. فكيف يصح قولهم لا يعتبر قوله ظننت أنها تحلّ؟

أجيب عنه: بأنه ليس معناه: ظننت أن الزنا حلال، بل معناه: أنه علم أن الزنا حرام، لكنه ظنّ أن وطأه هذه ليس زناً محرماً، فلا ينافيه ما ذكر في «المحيط» من اشتراط العلم بالتّحريم في وجوب الحدّ.

وَكَذَا بوطءِ امْرَأَةٍ وجدَهَا على فرَاشِهِ ....

وإنما ينافيه على هذا التوجيه: ما ذكروه في مسألة الحربي أنه إذا دخل دار الإسلام فأسلم وزنى، وقال: ظننت أنه حلال.. لا يلتفت إليه ويحد وإن كان زناه أوّل يوم دخل دار الإسلام؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل، لا يختلف في هذه المسألة، فكيف يقال: إذا ادعى مسلم أصلّي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحدّ لانتفاء شرط الحدّ.

فإن قيل: يجوز أن يكون مرادهم أن شرط الحد في نفس الأمر علمه بالحرمة في نفس الأمر؛ فإذا لم يكن عالماً.. لا حدّ عليه.

أجيب عنه: بأنه قليل الجدوى أو غير صحيح؛ لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحدّ هذا الرّجل.. يثبت زناه عند عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر؛ لأنه لا معنى لكونه واجباً في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام؛ لأنه لا يجب على الزاني أن يحدّ نفسه، ولا أن يقر بالزنا، بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة، ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته.. وجب عليه إقامة الحدّ؛ كذا [٦٢٠/أ] في «فتح القدير».

ثم أورد بأنه لو سرق من بيت أخيه وعمّه ونحوهم.. لا يقطع، فظهر أنّ بينهما انبساطاً، فكيف يصحّ ما ذكر من قولهم أنه لا انبساط بينهما؟

أجيب: بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز، ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز.. فانتفى القطع؛ أما الحدّ.. فمنوط بعدم الحلّ وشبهته، وهو ثابت هنا.

(وكذا) أي يحدّ (**بوطء امرأة وجدها على فراشه**)، وإن ظن حلّها، قال مالك والشافعي وأحمد: إنه يحدّ قياساً على المزفوفة بجامع ظن الحلّ إن سقط الحد شبهة الحلّ، ولا شبهة هنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه، ووجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحلّ ليستند الظن إلى ما يصلح دليل الحل، وهذا لأنه قد تنام

وَإِن كَانَ أَعمى، إِلّا إِن دعَاهَا فَقَالَت: أَنا زَوجتُكَ، لَا بوطءِ أَجْنَبِيَّةٍ زُفَّت إِلَيْهِ وقُلْنَ هِيَ زَوجتُكَ، وَعَلِيهِ الْمهْرُ.

على فراشه غير زوجته من المحارم التي في بيته، فكيف يكون دليل حلّ؟ فكان كما لو ظنّ المستأجرة للخدمة والمودعة حلالاً فوطئها؛ فإنه يحدّ.

(**وإن**) - وصلية - (**كان**) أي الزوج (**أعمى**)؛ لأن الوجود على الفراش - كما ذكرناه - ليس صالحاً لاستناد الظن إليه، وتمييزه يحصل بطول الصحبة والحركات المألوفة، فيكون مقصّراً فيحدّ.

(**إلا إن دعاها فقالت**)؛ أي في جوابه: (**أنا زوجتك**).. فحينئذٍ لا يحدّ بوطئها؛ لأن إخبارها دليل، وأشار بقوله: «فقالت» إلى أنها لو أجابت بالفعل ولم تقل ذلك بوطئها.. يجب عليه الحد؛ لعدم الدّليل؛ على ما في «العناية».

(**لا بوطء أجنبيّة زفت إليه**) أي بعثت إليه (**وقلن**) أي النساء: (**هي زوجتك**) فوطئها.. لا حدّ عليه، بل (**وعليه المهر**) وعليها العدة؛ لأن عليّاً قضى بذلك، ولأنه اعتمد في وطئه دليلاً ظاهراً، وهو إخبار النساء، اعتبره الشرع دليلاً في موضع الاشتباه؛ إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أوّل الوهلة، فصار كالمغرور؛ فإنَّ من اشترى جارية فوطئها، ثم استحقت.. اعتبر الملك كالثابت لدفع ضرر الغرر.. فكذلك ههنا يجعل الملك كالثابت؛ لدفع ضرر الغرر.

ثم هذه الشبهة من أيّ النوعين المذكورين؟ ففي «العناية»: إنها من قبيل الشبهة في المحل؛ مستدلاً بأن الفعل صدر منه بناءً على دليل أطلق الشرع له العمل به، وهو إخبار النساء بأنها امرأته، وبأنها إذا جاءت بولد ثبت النسب، ولو كانت الشبهة في الفعل.. لما ثبتت.

وفي «فتح القدير»: إنها من قبيل الشبهة في الفعل عند طائفة من المشايخ، ثم قال: وهو الحق؛ لانعدام الملك من كلّ وجه، وكون إخبار النساء يطلق الوطء شرعاً [٦٢٠/ب] ليس هو الدّليل المعتبر في شبهة المحلّ؛ لأن الدليل المعتبر في شبهة

وَلَا بوطِءِ بَهِيمَةٍ ....

المحلّ: هو ما يقتضي ثبوت الملك، نحو: «أنت ومالك لأبيك»، والملك القائم للشريك، لا ما يطلق شرعاً مجرّد الفعل.

غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه؛ أعني عدم ثبوت النسب للاجتماع فيه. انتهى.

وأقول: إنّ دليل شبهة المحلّ لا بدّ أن يكون غير عامل في الحل، وهذا الدليل عامل في الحلّ، حتّى لا يأثم به، وإنه لا يحدّ في هذا القسم من الشبهة وإن قال: علمت أنها حرام علّي، وههنا ليس كذلك؛ فإنه لو قال: علمت أنها حرام علّي.. يحدّ، وأما قوله: «ولو كانت الشبهة في الفعل.. لما ثبت النسب».

قلنا: إنه منقوض بالمطلقة الثلاث، وبالمطلقة بمال، والمختلعة؛ فإن الشبهة فيها من قبيل الشبهة في الفعل؛ على ما مرّ مع أنّ النسب ثبت فيها؛ على ما صرّح به في «فتح القدير» وغيره، وقد ذكرنا ما يتعلق به في أوّل باب العدّة.

ومما يؤيد يدّكون الشبهة في الفعل: ما ذكروه أن قاذفه لا يحدّ في الظاهر من الرواية، إلّا في رواية عن أبي يوسف؛ فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء؛ لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمداً على دليل، فيكون وطأً حلالاً ظاهراً.

وأجابوا عنه: بأنه لما تبيّن خلاف الظاهر.. بقي الظاهر معتبراً في إيراث الشبهة، وبالشبهة سقط الحدّ، لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زناً. انتهى.

فإن جوابهم هذا يخالف مقتضى كونها شبهة في المحل؛ لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زناً.

(**ولا بوطئ بهيمة**)؛ لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية؛ إذ ليس فيه تضييع الولد، ولا إفساد الفراش، ولا في وجود الداعي أيضاً؛ إذ الطبع السليم ينفر عنه، وإنما يحمل على ذلك نهاية التسفه أو فرط الشبق، ولهذا لا يجب ستر فرجها، إلّا

أو زنىً فِي دَارِ حَرْبٍ أَو بَغيٍ، ....

أنه يعزّر؛ لأنه ارتكب جريمة، وما روي أن النبي ﷺ قال: «من أتى بهيمة.. فاقتلوه» شاذ.

ولو صحّ: فتأويله أنه في حق مستحلّ ذلك الفعل.

وما روي عن علي رضي الله عنه: أنه تذبح البهيمة وتحرق؛ لقطع التحدث به كي لا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية، لا أنه واجب؛ كذا قالوا.

ثم بعد ذلك قالوا: إن كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق؛ لما ذكرناه، وإن كانت ممّا يؤكل.. تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة، وقالا: تحرق هذه أيضاً، ثم هذا إذا كانت البهيمة للفاعل.

وإن كانت لغيره: ففي «الخانية»: كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة.

وفي «الزيلعي»: وإن كانت البهيمة لغير الفاعل.. يطالب [٦٢١/أ] صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها، ثم تذبح؛ هكذا ذكروا، ولا يعرف ذلك إلا سماعاً، فيحمل عليه. انتهى.

وفي «البحر»: الظاهر أنه لا يجبر على دفعها إليه.

(**أو زنى في دار حرب أو بغيٍ**)، ثم أخرج إلينا وأقرّ عند الإمام بالزنا.. لا يحدّ.

وقال مالك والشافعي: يحدّ؛ لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه.

قلنا: سلّمنا أنه ملتزم الأحكام، لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الإسلام، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب عليه الحدّ عند الإمام أو عند القاضي فقضى بإقامته عليه، وليس الكلام في هذا، بل في نفس وجوب الحدّ، وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده، فدليلهم هذا ليس في محلّ النّزاع.

ولنا: قوله ﷺ: «لا تقام الحدود في دار الحرب»، ولأن المقصود هو الانزجار، وولاية الإمام منقطعة فيها، فيعرى الوجوب عن الفائدة، فلا وجوب، وكذا بعدما

خرج إلينا؛ لأنه لم ينعقد فعله موجِباً للحدّ ابتداء، ولا ينقلب موجباً بقاء.

قيل: إن ما روي من قوله ﷺ معارَض بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾.

أجيب: بأنّ مواضع الشبهة قد خصّت من إطلاقه.. فيجوز بعد ذلك بخبر الواحد والقياس.

وفيه بحث؛ لأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدم الشبهة؛ فإنه عبارة عن الوطء في غير ملك وشبهته، فترتيبه سبحانه وتعالى إيجاب الحد بقوله: ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾ على الزنا.. ترتيب وإيجاب ابتداء على ما لا شبهة فيه، فيكون ما روي من قوله ﷺ مخصّصاً ابتداء لا مخصّصاً ثانياً.. فلا يجوز؛ فالأوجه: الاستدلال بالعقلي المذكور.

فإن قيل: لا نسلّم عليه إن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا في الوجوب يوجب أن لا فائدة في الإيجاب، إنما ذلك لو عجز مطلقاً، فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلّقاً بالقدرة، وذلك: بأن يعلق الإيجاب بالقدرة؛ أي: إذا قدرت.. فأقم عليه، فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآل؛ لأن المعلّق بالشرط كذلك.

أجيب عنه: بأنّ هذا معنى معقول، لكنه لا دليل عليه؛ فإن الآيات إنما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه، وإنما قيّد بدار الحرب والبغي؛ لأن من زنى في محلّ نزول العسكر: يقيم الحدّ من له ولاية الإقامة بنفسه؛ كالخليفة وأمير المصر، ولأنه تحت يده.. فالقدرة ثابتة، بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب وزنى، ثم عاد إلى المعسكر.. لا يقيمه [٦٢١/ب].

ولو زنى في العسكرِ، والعسكرُ في دار الحرب في أيّام المحاربة قبل الفتح: له أن يقيمه للولاية حينئذ.

أما أمير العسكر والسرية.. فلا يقيمه؛ لأنه لم يفوّض إليهما إقامة الحدود؛ كذا في «فتح القدير».

وَلَا بوطءِ مَحْرَمٍ تزَوَّجهَا، أَو مَنِ استأجرَها ليزني بهَا، خلافاً لَهما.

(**ولا بوطء مَحرَم تزوجها أو استأجرها**)؛ أي امرأة كانت محرماً أو لا (**ليزني بها، خلافاً لهما**).

واعلم: أنّ من تزوج امرأة لا يحلّ له نكاحها أبداً بنسب كأمه أو بنته أو أخته وغيرها من محارمه النسبية، أو برضاع أو صهرية، فوطئها.. لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال: علمت أنها حرام علّي، ولكن يجب عليه المهر، ويعاقب عقوبة هي أشدّ ما يكون من التعزير سياسةً.

وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد: يجب حدّه إذا كان عالماً بالحرمة.

وأما غير ذلك من المرأة التي يحرم عليه نكاحها.. ففي «الكافي» لحافظ الدين: أن منكوحة الغير ومعتدته ومطلّقته الثلاث قبل التزوج بآخر كالمحرم.

وقال فيه أيضاً: وإن كان النكاح مختلَفاً فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود.. فلا حدّ عليه بالوطء اتفاقاً؛ لتمكن الشبهة عند الكلّ.

وكذا إذا تزوج أمة على حرة، أو تزوج مجوسيّة أو أمة بلا إذن سيدها، أو تزوج العبد بلا إذن سيده.. فلا حدّ عليه بالوطء؛ أما عنده.. فظاهر، وكذا عندهما؛ لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمَعاً على تحريمه، وهي حرام على التأبيد، وهؤلاء ليس كذلك، هذا ما في «الكافي».

وذكر في «فتح القدير» نقلاً عن بعض الشروح: أن مرادهم بنكاح من لا يحلّ له ههنا: نكاح المحارم، والمطلّقة الثلاث، ومنكوحة الغير، ومعتدة الغير، ونكاح الخامسة، وأخت المرأة في عدّتها، والمجوسية، والأمة على الحرة، ونكاح العبد أو الأمة بلا إذن المولى، والنكاح بغير شهود.. ففي كلّ هذه لا يجب الحدّ عند أبي حنيفة وإن قال علمت أنها علّي حرام، وعندهما: يجب الحد إذا علم بالتحريم، وإلا.. فلا. انتهى.

ولا يخفى عليك أنه معارض لما مر في «الكافي»؛ فإنه جعل في «الكافي» النكاح بلا ولي، وبلا شهود، والأمة على الحرة، والمجوسيّة، ونكاح العبد والأمة بلا إذن المولى: محلَّ الاتفاق على عدم الحدّ، وجعل هذا البعض الأمة وما بعدها من محلّ الخلاف.

والذي ظهر من «الزيلعي»: هو الذي ذكره ذلك البعض؛ حيث قال: ومن الشبهة في العقد: وطء المتزوجة بغير شهود، أو بغير إذن المولى، أو وطء أمة تزوجها على حرّة، أو تزوج خمساً في عقد فوطئهن أو وطئ متعاقباً [٦٢٢/أ].. في جميع ذلك لا يجب الحدّ عند أبي حنيفة كيفما كان. انتهى.

جعل النكاح بلا شهود من محلّ الخلاف على خلاف ما في «الكافي».

ثم أقول: إنّ في كلام «الكافي» بحثاً؛ فإن قوله: إن منكوحة الغير ومعتدّته ومطلّقته الثلاث كالمحرم: يقتضي وجوب الحدّ على من تزوّج منكوحة الغير، ومتعدّته، ومطلّقته الثلاث، ووطئها عند أبي يوسف ومحمّد كما في المحرم عندهما.

وقوله: لأن الشبهة إنما تنتفى عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه، وهي حرام على التأبيد: يقتضي أن لا يحدّ عندهما في وطء منكوحة الغير ومعتدّته ومطلّقته الثلاث؛ لأنها ليست محرمة على التأبيد؛ فإن حرمتها مقيّدة ببقاء نكاحها وعدّتها؛ كما أنّ حرمة المجوسيّة مغياة بتمجّسها، حتى لو أسلمت.. حلّت؛ كما أنّ تلك المرأة لو طلقت وانقضت عدّتها.. حلّت له، وإنه لا يحدّ عندهما إلّا في المحارم، فبين كلاميه تعارض.

والذي يغلب على الظن: هو الذي يقتضيه آخر كلامه: أنه لا حد عندهما إلا في المحارم على التأبيد.

وقد حكى ابن المنذر عنهما: أنه يحد في ذات المحرم، ولا يحدّ في غير ذلك، ويؤيّده لفظ «الكافي» للحاكم الشهيد؛ حيث قال: رجل تزوج امرأة ممّن لا يحلّ له

نكاحها، فدخل بها.. لا حدّ عليه وإن فعله عن علم، ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة، وقالا: إن علم ذلك.. فعليه الحدّ في ذوات المحارم. انتهى.

فإنه خصّ مخالفتهما بذوات المحارم بعد تعميم المرأة التي لا تحل له في سقوط الحدّ عند أبي حنيفة:

ثم مدار هذا الاختلاف: أن هذا العقد يوجب الشبهة أو لا يوجبها، فعند أبي حنيفة ومن تبعه: يوجبها، فتكون الشبهة عنده ثلاثة أقسام: شبهة فعل وشبهة محلّ؛ على ما مر بيانهما، وشبهة عقد.

وعندهما وعند مالك والشافعي: لا يوجبها، ومدار كونه يوجبها: أنّ هذا العقد ورد على ما هو محلّه أو لم يرد، فعند أبي حنيفة ومن تبعه: أنه ورد على محلّه، وعندهما وعند مالك والشافعي وأحمد: لم يرد على محلّه، واستدلوا عليه: بأن محلّ العقد ما يقبل حكمه، وحكمه الحلّ، وهذه النساء من المحرمات أبداً بدليل قطعي.. فإضافة العقد إليهن كإضافته إلى الذكور؛ لكونه صادف غير محلّه.. فيلغو، فيكون فعله زناً؛ لخلوه عن الملك وشبهته.. فيحدّ.

واستدل أبو حنيفة: بأن المحلية ليست بقبول الحلّ، بل بقبول المقاصد من العقد، وهو ثابت ههنا؛ لأن الأنثى من أولاد بني آدم كلّها قابلة لمقصود النكاح [٦٢٢/ب]وهو التوالد والتناسل وقضاء الحاجة، وإذا كانت قابلة لمقصوده.. كانت قابلة لحكمه أيضاً؛ إذ الحكم يثبت ذريعة إلى المقصود، فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام، إلّا أنه تقاعد عن إفادة الحلّ حقيقةً لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فتورث شبهة الحلّ؛ إذ الشبهة ما تشبه الحقيقية لا نفس الحقيقة، ألا ترى أن الخمر ليست بمال ولا محلّاً للعقد عندنا، ومع هذا لو اشترى بها شيئاً.. اعتبرت مالاً في انعقاد العقد عندنا، حتى يملك ما يقابلها من المبيع؛ لكونها مالاً عند أهل الذمة.. فيصلح ثمناً.

والأنثى من أولاد بني آدم محلّ للعقد عند الكل في حقّ غير هذا العاقد من المسلمين.. فكانت أولى بإيراث الشبهة، وكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة، ألا ترى أنه لو وطئ أمته وهي أخته من الرضاع عالماً بالحرمة.. لا يجب عليه الحد؟! مع أنها حرام عليه على التأبيد.

والنكاح في إفادة ملك المتعة: أقوى من ملك اليمين؛ لأنه شرع له، بخلاف ملك اليمين.. فكان أولى في إفادة الشبهة؛ لأن الشبهة تشبه الحقيقة، فما كان أقوى في إثبات الحقيقة.. كان أقوى في إثبات الشبهة.

فظهر من هنا: أن أبا حنيفة حيث أثبت محليتها للنكاح.. أراد محلّيتها لنفس العقد، لا بالنظر إلى خصوص عاقد، ولهذا علّل بقبولها مقاصد العقد.

وهم حيث نفوا محلّيتها.. أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد؛ أي: ليست محلّاً لعقد هذا العقد، ولهذا علّلوه بعدم حلّها.

فإن قيل: أن الاعتبارين أولا: كونه قابلاً للمقاصد، أو كونه حلالاً في ثبوت المحلية وعدم ثبوتها.

أجيب: بأنه إن نظر إلى المعنى: وهو أن الأصل أن يتبع الحلّ قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود.. ترجح قول أبي حنيفة، وإن نظر إلى السمع - أعني: أنّ الميّتة ليست محلّاً للبيع بالإجماع؛ لعدم الحل فيها لا لأمر آخر - يرجح قولهم.

ولكنه قال في «الخلاصة»: والفتوى على قول الإمامين.

وفي «الواقعات»: ونحن نأخذ بقولهما، ولعلّ وجهه على ما في «فتح القدير»: أن تحقق الشبهة.. يقتضي تحقق الحلّ من وجه؛ لأن الشبهة لا محالة شبهة الحلّ، لكن حلّها ليس ثابتاً من وجه، وإلّا.. وجبت العدة وثبت النسب.

وأجيب من طرف أبي حنيفة: بأن من المشايخ من التزم لزوم العدة وثبوت النسب، وعلى تقدير تسليم عدمها.. لا يلزم من انتفائهما انتفاء الشبهة؛ لأن أقلّ ما

وَمَن وَطِءَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دونَ الْفرجِ.. يُعَزّرُ.

وَكَذَا لَو وَطِئهَا فِي الدُّبُرِ، أَو عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لوطٍ.

ينبني على ثبوت النسب ولزوم العدة: هو ثبوت الحلّ من وجه، وهو منتف في المحارم [٦٢٣/أ].

وشبهة الحلّ ليس ثبوت الحل من وجه، ولا لازمه، حتى يلزم من انتفائه انتفاؤه؛ فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت.

وأما إذا استأجرها ليزني بها ففعل.. فلا حدّ عليه، ويعزر عند أبي حنيفة.

وقالا: يحدّ؛ لأن عقد الإجارة لا يستباح به البضع، فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه، ثم زنى بها.. فإنه يحدّ بالاتفاق.

ولأبي حنيفة: أن المستوفى بالزنا هي المنفعة، وهي المعقود عليها في الإجارة، لكنه في حكم العين، فبالنظر إلى الحقيقة: يكون محلّاً لعقد الإجارة، فأورث شبهة، بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه؛ لأن العقد لم يضف على المستوفى بالوطء، والعقد المضاف إلى محلّ يورث الشبهة فيه لا في محلّ آخر.

وفي «التاتارخانية»: وإن استأجر امرأة ليزني بها.. لم يحدّ عند أبي حنيفة، يدرأ الحد عنده ويوجعان عقوبة ويستودعان السّجن حتى يحدثان توبة. انتهى.

(**ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج**)؛ أي: غير السّبيلين كالتفخيذ والتبطين (.. **يعزّر**)؛ لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر شرعاً.

وفي «فتح القدير»: مثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى.. فإنهما تعزران؛ لارتكابها منكراً.

(**وكذا لو وطئها**)؛ أي: لو وطئ المرأة الأجنبية (**في الدبر**) يعزر لما ذكر.

وأما إذا أتى امرأته، أو مملوكته في الدبر.. لا يحد حد الزنا عندهما أيضاً وإن كان محرماً عليه، ولهذا قيدناها بالأجنبية.

(**أو عمل عمل قوم لوط**) وهو الإتيان في دبر الذكور.

وَعِنْدَهُمَا: يُحَدُّ.

(وعندهما: يحدّ) حد الزنا؛ أي: في المسألتين.

لهما: أن كلّاً من الإتيان في دبر الأجنبيّة وعمل قوم لوط: في معنى الزنا؛ لأنه قضاء شهوة في محلّ مشتهى على الكمال على وجه تمحض حراماً؛ لقصد سفح الماء، وهو مناط الحدّ في الزنا.. فيلحق به اللواطة دلالةً.

ولأبي حنيفة: أنه ليس بزنا؛ لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار، وهدم الجدار عليه، والتنكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحجار، والحبس في أخس المواضع حتى يموتا.

ولم يختلفوا في موجب الزنا، فدل أنه ليس بزنا، ولا في معناه أيضاً؛ لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب، وإن الشهوة فيه ليس من الجانبين، بل هو في جانب واحد؛ إذ لا شهوة في المفعول على ما هو الجبلة السليمة.

بخلاف الزنا: فإن فيه الإضاعة والاشتباه والشهوة من الجانبين.. فلا يصحّ إلحاقها به.

وما روي: أنه ﷺ قال: «فارجموا الأعلى والأسفل»، فهو [٦٢٣/ب] محمول على السياسة، وهو جائز عندنا، أو يحمل ذلك على المستحلّ، وهل يلزم قتله سياسة؟ إن رأى الإمام فيه مصلحة؟

ففي «الزيلعي»: أنه يلزم؛ حيث قال: إن قتله سياسة.. جائز عندنا، حتى لو رأى الإمام في قتل من اعتاد اللواطة مصلحة.. جاز له قتله.

وفي «فتح القدير»: يجوز مطلقاً؛ حيث قال: ولو اعتاد اللواطة.. قتله الإمام، محصناً كان أو غير محصن سياسةً.

ثم اختلفوا في موضع هذا الخلاف:

ففي «الروضة»: إن الخلاف في الغلام؛ أما لو وطئ امرأة أجنبية في دبرها.. حدّ بلا خلاف.

وفي «الكافي»: والأصح: أن الكلّ على الخلاف.

نصّ عليه في «الزيادات».

ولو فعل هذا بعبده، أو أمته، أو زوجته بنكاح صحيح، أو فاسد.. لا يحدّ إجماعاً، كذا في «فتح القدير».

ثم قال: نعم فيه ما ذكر من التعزير والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك.

لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان: في قول: يحد، وفي قول: لا يحدّ.

وله: أيضاً قولان في غير عبده وأمته ومنكوحته، في قول: إنه يحدّ حدّ الزنا؛ كما قال أبو يوسف ومحمّد، فيرجم إن كانا محصنين وإلا.. يجلدان، وفي قول: يقتلان فقط؛ سواء كانا محصنين أو لا، وهل يقتل السارق سياسة؟

قال في «الدرر» نقلاً عن «المنية»: للإمام أن يقتل السّارق سياسة؛ لسعيه في الأرض بالفساد. انتهى.

وقال في «البحر»: واعلم أنهم ذكروا في حكم السياسة: أن الإمام يفعلها، ولم يقولوا: أن القاضي يفعلها أيضاً.

فظاهره: أنّ القاضي ليس له الحكم بالسياسة، ولا العمل بها. انتهى.

أقول - الله أعلم -: ينبغي أن يفصل هذا بأن يقال: إنّ الإمام لا يخلو؛ إما أن يمنعه عن القضاء بالقتل سياسة وعن فعلها، أو يأذنه بذلك صراحةً، أو سكت عنه.

فإن منعه صراحة.. فلا شك في عدم جواز ذلك له.

وإن أذن له صراحة.. فلا شك أيضاً في جواز ذلك له؛ لأنه صار كما فعله بنفسه.

وَإِن زَنى ذِمِّيٌّ بحربيَّةٍ فِي دَارِنَا.. حُدَّ الذِّمِّيُّ فَقَط، وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُحدَّانِ.

وَفِي عَكسِهِ.. حُدَّتِ الذِّمِّيَّةُ لَا الْحَرْبِيُّ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُحَدَّانِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ لَا يُحَدَّانِ.

وإن سكت عنه.. فالغالب على الظن والذي يقتضيه النظر: جواز ذلك له؛ لأن الظاهر منه الإذن في كلّ ما كان فعله مفوّضاً إليه من قبل الشرع؛ لأنه أقامه مقامه، وسيأتي بعض ما يتعلق به في آخر قطع الطريق.

وللواطة أحكام أخر؛ أعني: أنه لا يجب بها المهر، ولا العدة في النكاح الفاسد، ولا في المأتي بها لشبهة، ولا تحل بها للزوج الأول في النكاح الصحيح، ولا تثبت بها الرجعة، ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر، ولا الكفارة في رمضان في رواية، ولو قذف [٦٢٤/أ] بها.. لا يحدّ عنده، خلافاً لهما، وكذا لو قذف بها امرأته.. لم يلاعن عنده، خلافاً لهما.

وعن الصغار: أن مستحلّها يكفر عند الجمهور.

(**وإن زنى ذميّ بحربية في دارنا.. حد الذمي فقط**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: يحدان، وفي عكسه**)، أي: إن زنى الحربي بذمية في دارنا (**.. حدّت الذمية لا الحربي**) عند أبي حنيفة، (**وعند أبي يوسف: يحدان، وعند محمد: لا يحدّان**) وهو قول أبي يوسف أوّلاً.

لأبي يوسف: أن المستأمن التزم أحكامنا مدّة مقامه في دارنا في المعاملات؛ كما أن الذمي التزمها مدّة عمره، ولهذا يحدّ حد القذف، ويقتل قصاصاً، بخلاف حد الشرب؛ لأنه يعتقد إباحته؛ بمعنى: أن يكون ذلك ديناً له.

ولهما: أنه ما دخل للقرار، بل لحاجته كالتجارة ونحوها، فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا يمكّن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به، وإنما يلتزم من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده: وهو حقوق العباد؛ لأنه لما

طمع في الإنصاف.. يلتزم الانتصاف؛ لأن الغرم بالغنم، والقصاص وحد القذف من حقوق العباد، فيكون داخلاً في الانتصاف.

وأما حد الزنا.. فمحض حق الشرع فلا يكون داخلاً فيه.

ثم وجه محمد في الفرق: أنّ الأصل في باب الزنا فعل الرجل، والمرأة تابعة له، فامتناع الحد في حقّ الأصل: يوجب امتناعه في حق التبع أيضاً؛ أما الامتناع في حق التبع.. فلا يوجب الامتناع في حقّ الأصل؛ حذراً عن القلب.

ووجه أبي حنيفة: أن فعل المستأمن زنا؛ لأنه مخاطب بالحرمات على الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا، والتمكين من فعل [الزنا]: هو زنا موجب للحد عليه.

والحاصل: أنه إذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية.. فعليهما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف أوّلاً: لا حدّ على واحد من الزاني والمزني بها، ثم رجع وقال: عليهما الحدّ جميعاً.

وقال محمّد: بقوله الأوّل، فصار في المسألة ثلاثة أقوال.

ولو زنى الحربي المستأمن بحربية مستأمنة.. لا يحدّ واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يحدان جميعاً.

والأصل: عند أبي حنيفة ومحمد: لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف.. فلا يجب عليه: حد زنا، ولا سرقة، ولا شرب.

وعند أبي يوسف: يجب الكلّ إلا حد الشرب.

فحد الشرب: لا يجب اتفاقاً؛ لأنه يعتقد حله.

وحد القذف: يجب [٦٢٤/ب] اتفاقاً؛ لأن فيه حق العبد.

وَإِن زنى مُكَلَّفٌ بمجنونةٍ أَو صَغِيرَةٍ.. حُدَّ.

وَفِي عَكسِهِ.. لَا حَدَّ عَلَيْهَا إِلّا فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ.

واختلفوا في حد الزنا والسرقة، عند أبي يوسف: يجب، وعندهما: لا.

(**وإن زنى مكلّف بمجنونة أو صغيرة**) يجامع مثلها، والمراد بالمكلّف: هو العاقل البالغ (**.. حدّ**)؛ أي: المكلّف خاصة بالإجماع، وهي تجب عليه بسبب إزالة بكارة تلك المجنونة والصغيرة.. مهر المثل.

ففي «الزيلعي» و«البحر»: أنه لا يجب لوجوب الحد عليه.

وإليه أشار بقوله: «وإن زنى مكلف» إلى أنه لو أزال بكارتها بشيء من غير الزنا.. لا حد عليه، بل يجب مهر المثل.

وإلى أن الزاني لو كان صبياً.. لا حدّ عليه، بل يجب مهر المثل؛ كما صرّح به الإمام قاضي خان في فصل القتل الذي يوجب الدية؛ حيث قال فيه: ولو أزال عذرة أجنبية بحجر، أو مثلها.. كان عليه مهر مثلها.

ولو واقع امرأة بكراً أجنبية فسقطت وذهبت عذرتها.. كان عليه المهر في ماله، وعليه التعزير أيضاً؛ كانت المرأة صغيرة أو كبيرة.

ولو أن صبيّاً زنى بصبّية فأذهب عذرتها.. كان عليه المهر بإزالة البكارة.

ولو كانت المرأة بالغة مكرهة.. فكذلك.

وإن كانت طائعة.. لا يجب المهر؛ لأن المهر لو وجب على الصبي.. كان لولي الصبي أن يرجع بذلك عليها، فلا يفيد تضمين الصغير. انتهى.

(**وفي عكسه**)؛ أي: زنى الصبي، أو المجنون بامرأة طاوعته (**.. لا حدّ عليها**)؛ أي: على المرأة، ولا على الصبي والمجنون أيضاً.

(**إلّا في رواية عن أبي يوسف**) في عكسه؛ حيث تحد المرأة، وهو قول مالك والشافعي وأحمد وزفر.

وَلَا حدَّ بزنا الْمُكْرِهِ، ....

لهم: أنّ العذر من جانبها.. لا يوجب سقوط الحدّ من جانبه، كما في الصّورة الأولى المجمع عليها، فكذا العذر من جانبه.. لا يوجب سقوطه من جانبها بجامع أنّ كلّاً منهما مؤاخذ بفعله، وقد فعلت ما هي به تصير زانية؛ لأن حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلته، وقد وجد ذلك، ألا ترى أنه تعالى سمّاها زانية وهو ليس إلّا بذلك.

ولنا: أن فعل الزنا إنّما يتحقق منه؛ لأن أهل اللغة عرفوه بوطء الرجل، فكان فعلها خارجاً عن تعريفه، وإنما هي محلّ الفعل، ولهذا يسمّى الرجل واطئاً وزانياً، والمرأة موطوءة ومزنية، إلّا أنها سمّيت زانية مجازاً؛ تسمية للمفعول باسم الفاعل؛ كعيشة راضية - أي: مرضية -؛ لكونها مسببة لزنا الزاني بالتمكين، فتعلق الحدّ حينئذ في حقّها بالتمكين من فعل هو زنا.

والزنا: فعل من هو منهي عنه آثم به، والصبي والمجنون ليس كذلك.. فلا يناط به الحد؛ إذ لم يوجد تمكينها من فعل هو زنا [٦٢٥/أ].

وهل يجب على الصبي والمجنون عقر تلك المرأة؟ أي: مهر مثلها؛ كما لو زنى الصبي بصبيّة أو مكرهة.. يجب عليه المهر.

قالوا: لا يجب؛ لأنه لا فائدة في الإيجاب عليه ههنا؛ لأنا لو أوجبنا عليه.. لرجع وليّ الصبي على المرأة؛ لأنها لما طاوعت.. صارت امرأة له بالزنا معها، وقد لحق الصبّي غرم بذلك الأمر، وصحّ الأمر منها لولايتها على نفسها، فلا يفيد الإيجاب.

بخلاف ما لو كانت المزنية مكرهة، أو صبيّة.. فإنه لا يرجع ولي الصبي على المرأة؛ لعدم صحة أمرها بسبب الكره والصغر.. فكان الإيجاب مفيداً.

(**ولا حد بزنا المكره**)، وقال زفر: يحدّ، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً؛ لأن الزنا من الرجل لا يتصّور إلا بعد انتشار آلته، وهذا آية الطّواعية.

وَلَا إِن أَقرَّ أَحدُهمَا بالزنا وَادّعى الآخرُ النِّكَاحَ.

ووجه الظاهر: أن سبب الإكراه قائم ظاهراً، وهو قيام السيف ونحوه مما يكون ملجئاً على الزنا.

والانتشار ليس بدليل قطعي؛ لأنه قد يكون من غير قصد؛ كما في النائم، ولأنه مقتضى جبلة الفحل، فلا يزول اليقين بالمحتمل، وهذا اتفاقي بينهم.

وإن كان المكره سلطاناً، وإن كان غيره.. حد عند أبي حنيفة؛ خلافاً لهما، بناءً على أن الإكراه قد يتحقق من غير السلطان أيضاً عندهما، لا عنده.

(ولا) يحدّ أيضاً (إن أقر)؛ أي: أربع مرّات على ما هو المعتبر في إقرار الزنا، (أحدهما)؛ أي: من الواطىء والموطوءة (بالزنا، وادّعى الآخر النكاح)، وذلك بأن يقر الرجل في أربع مجالس أنه زنى بفلانة، حتى كان إقراره موجباً للحدّ.

وقالت المرأة: لا، بل هو تزوجني، أو أقرت هي كذا بالزنا مع فلان، وقال فلان: لا، بل تزوجتها.. لم يحد واحد منهما.. في الصورتين بالاتفاق؛ لأن دعوى النكاح تحتمل الصّدق، وبتقدير صدق مدّعي النكاح منهما.. يكون النكاح ثابتاً، فلا يحدّ.

وبتقدير كذبه.. لا نكاح، فيجب [الحد]، فلا يحدّ للاحتمال، وعليه المهر في صورة دعواه النكاح، وفي صورة دعواه الزنا، وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا؛ لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحدّ عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به، وإن اختلفا في جهته.. كانت مكذبةً شرعاً، والوطء لا يخلو عن غرامة، أو عقوبة، فلمّا سقطت العقوبة.. ثبتت الغرامة لها عليه وإن ردته، ولكنه إنما يجب عليه إذا كانت الدعوى قبل أن يحدّ المقر؛ فإن حد، ثم ادعى الآخر النكاح.. لا مهر لها؛ لأن الحدّ لا ينتقض بعد الإقامة، كذا في «فتح القدير».

إنما قيد بالنكاح؛ لأنه لو أقر في أربع مجالس أنّه زنى [٦٢٥/ب] بفلانة، وقالت فلانة: ما زنى بي، ولا أعرفه، أو أقرّت هي بالزنا في أربع مجالس مع فلان، وقال فلان: ما زنيت بها، ولا أعرفها.. لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: يحدّ المقر؛ لأن الإقرار حجة في حق المقر، وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر.. لا يورث شبهة العدم في حق المقر؛ كما لو كانت غائبة وسماها، وقال زنيت بها، أو شهد عليه الشهود.. فإنه يحدّ لا المرأة.

ولأبي حنيفة: أن الحدّ انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه، فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر؛ لأن الزنا فعل واحد يتم بها؛ فإذا تمكنت فيه شبهة.. تعدت إلى طرفيه، وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً، بل إنما أقر بالزنا بفلانة، وقد درأ الشرع عن فلانة وهي غير ما أقر به فيندرئ عنه أيضاً ضرورة.

بخلاف ما لو أطلق فقال: زنيت.. فإنه وإن احتمل كذبه، لكن لا موجب شرعي يدفعه.

وبخلاف ما لو كانت غائبة؛ لأن المزني بها لم ينفَ الزنا في حقّها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار.

حتى لو حضرت وأقرت في أربع مجالس.. حدت، فظهر أن الغيبة ليست معتبرةً، بل الاعتبار للإنكار وعدم معرفته؛ فإذا أنكرت.. تثبت شبهة الدرء يدرأ بها الحد عنه، وإذا لم يعلم إنكارها.. فلا شبهة فيحدّ.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجب على الرجل في هذه المسألة عندهما أيضاً - كما في المسألة الأولى - بإنكار وصف الفعل وهو الزنا بدعوى النكاح؛ فإنكار أصل الفعل؛ كما في هذه المسألة: أولى بالإسقاط.

وَمن زَنى بِأَمَةٍ ....

أجيب: بأن الإمامين خصّا هذه المسألة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد؛ فإنه روي أنّ رجلا أقر بالزنا بامرأة فأنكرت.. فحدّه رسول الله ﷺ، رواه أبو داود.

(ومن زنى بأمة) قيد بالأمة ليتأتى الخلاف الآتي؛ فإنه لو زنى بحرة فقتلها.. يجب الحد والدية معاً بالاتفاق؛ لأن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنما يرد في حق الجارية، لا في حق الحرّة؛ لأن الأمة تصلح أن تكون ملكاً للزاني عند أداء الضمان، بشبهة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، بخلاف الحرّة، وهل يجب الدية على الزاني، أو على عاقلته؟ ففيه اختلفت عباراتهم:

ففي «الزيلعي»: يجب الحد مع الدية بالإجماع.

وفي «فتح القدير» و«البحر» يجب عليه الدية بإرجاع الضمير إلى الزاني.

وفي «العناية»: يجب على عاقلته الدية..

قلت: وهو الحكم في المسألة؛ لأن [٦٢٦/أ] الدية ضمان قتل لا ضمان ملك.. فيجب على العاقلة في ثلاث سنين، ويجب به الكفارة، هذا فيما إذا قتلها بالزنا.

ولو زنى بحرة وهي كبيرة ولم يقتلها، بل أفضاها.. فلا تخلو؛ إما أن تكون مطاوعة له أو مكرهة.

فإن كانت مطاوعة من غير دعوى شبهة.. فعليها الحدّ، ولا شيء عليه في الإفضاء لرضاها به، ولا مهر لها عليه لوجوب الحدّ؛ إذ الغرامة والعقوبة لا يجتمعان في شخص واحد، وإن كان مع دعوى شبهة.. فلا حدّ، ولا شيء في الإفضاء أيضاً ويجب العقر.

وإن كانت مكرهة:

من غير دعوى شبهة.. فعليه الحدّ دونها، ولا مهر لها، ثم ينظر في الإفضاء؛ فإن لم يستمسك بولها.. حدّ وضمن ثلث الدية؛ لأن جنايته جائفة.

فَقَتلَهَا بِهِ.. لَزِمَهُ الْحَدُّ وَالْقِيمَةُ، ....

وإن كان مع دعوى شبهة.. فلا حدّ عليها.

ثم إن كان البول يستمسك.. فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية.

وإن لم يستمسك.. فعليه الدية كاملة، ولا يجب المهر عندهما خلافاً لمحمد.

وإن كانت الحرة صغيرة يجامع مثلها.. فهي كالكبيرة فيما ذكرنا إلّا في حق سقوط الأرش برضاها.

وإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها:

فإن كان يستمسك بولها.. لزمه ثلث الدية والمهر كاملاً، ولا حدّ عليه؛ لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الإيلاج في قبل المشتهاة، ولهذا لا تثبت به حرمة المصاهرة.

والوطء الحرام في دار الإسلام يوجب المهر إذا انتفى الحد.. فيجب المهر وثلث الدية؛ لكونه جائفة على ما مرّ.

وإن كان لا يستمسك.. ضمن الدية، ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يضمن المهر أيضاً؛ لما تقدم.

ولنا: أن الدية ضمان كل العضو، والمهر ضمان جزء منه، وضمان الجزء يدخل في ضمان الكلّ إذا كانا في عضو واحد؛ كما إذا قطع إصبع إنسان، ثم قطع كفه قبل البرء يدخل أرش الأصبع في أرش الكل، ويسقط إحصانه بهذا الوطء؛ لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام.

(**فقتلها به**)؛ أي: بفعل الزنا.

(.. **لزمه الحد والقيمة**) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه جنى جنايتين، فيوفر على كل واحد منهما حكمة الحدّ بالزنا، والقيمة بالقتل؛ كما إذا زنى بها، ثم قطع رقبتها.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: الْقيمَةُ فَقَط.

فإن قيل: لما ماتت بفعل الزنا.. صار الزنا قتلاً، فوجب أن لا يعتبر إلا القتل ويسقط اعتبار الزنا؛ كقطع اليد إذا سرق ومات صار قتلاً، وسقط اعتبار القتل حتّى لا يجب إلّا ضمان النفس في الدية والقصاص.

أجيب عنه: بأنّ ضمان اليد بدل من اليد [٦٢٦/ب]، وضمان النفس بدل من النفس، واليد تابعة للنفس كسائر الأعضاء؛ فإن الأعضاء تهلك بهلاك النفس تبعاً، ويدخل ضمانها في ضمان النفس، بخلاف الحدّ وضمان النفس؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين: أحدهما: بالزنا، والآخر: باتلاف النفس، فصار كمن شرب خمراً لذمي.. فإنه يحدّ ويضمن قيمة الخمر للذمي.

(وعند أبي يوسف): لزمه **(القيمة فقط)**.

وفي «فتح القدير»: إن هذا ليس ظاهر المذهب عن أبي يوسف على ما تقيد به عبارة «الهداية» و«الزيلعي» حيث قالا: وعن أبي يوسف: فظاهر المذهب عنه أنه مع أبي حنيفة ومحمّد، فتكون المسألة اتفاقية في ظاهر المذهب.

ثم وجه هذه الرواية عن أبي يوسف: أن تقرر ضمان القيمة سبب الملك الأمة، فيسقط الحدّ لشبهة الملك، فصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها، أو نكحها بعد ما زنى بها.. فإنه لا حدّ عليه أيضاً؛ لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحدّ يسقط الحدّ؛ كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع.. فإنه يسقط القطع.

وكما لو زنى أمة فأذهب عينها.. فإنه يجب عليه القيمة لا الحدّ.

ولهما: أنه ضمان قتل، فلا يوجب الملك؛ لأنه ضمان دم، والدم ممّا لا يملك؛ لأنه ليس بمال؛ فإذا لم يوجب الملك.. لم يكن فيه شبهة الملك حتى يسقط الحدّ.

ولو سلّم أنه يوجب الملك، لكنه إنما يوجبه في العين القائمة؛ كما في هبة المسروق لا في منافع البضع؛ لأنها استوفيت وتلاشت، فلم تكن قابلة للملك حال الضمان.

والخليفةُ يُؤْخَذُ بِالْمَالِ وبالقصاص، لَا بِالْحَدِّ.

ولا مستنداً؛ لأن المستند لا يظهر في المعدوم، والمنافع المستوفاة معدومة.. فلا يسقط الحد.

بخلاف ما إذا اشتراها، أو نكحها بعدما زنى بها.. فإنه يجب عليه الحدّ عندهما أيضاً، فلا يصلح مقيساً عليه، بل هو من قبيل ردّ المختلف بالمختلف.

وبخلاف السرقة؛ فإن شرط إقامة حد السّرقة.. الخصومة، وبالهبة انقطعت الخصومة.. فبطل القياس.

وبخلاف إذهاب عينها بالزنا؛ لأن ثمة ثبت الملك بالضمان في الجثة العمياء، وهو عين قائمة قابلة للملك، فأورث شبهة ملك المنافع تبعاً.. فيسقط الحدّ بهذه الشبهة.

أما فيما نحن فيه: فالعين فائتة بالقتل، فلا يملك بعد الموت حتى يثبت شبهة ملك المنافع تبعاً.. فيسقط الحد، وعلى تقدير تسليم تملكه بطريق الاستناد إلى زمان الحياة، لكن فيه شبهة، فيكون ثبوت الملك في المنافع شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة في الشرع، ولا كذلك في الجثة العمياء [٦٢٧/أ]؛ فإن ثبوت الملك فيها بالضمان حقيقة، فيكون ثبوت الملك في المنافع شبهة الملك وهي معتبرة.

(**والخليفة يؤخذ بالمال وبالقصاص لا بالحدّ**)؛ لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره، لقوله ﷺ: «أربع إلى الولاة...»، وعدّ منها: الحدود، ولا يمكنه أن يقيمه على نفسه؛ لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد؛ لأنه يستوفيه وليّ الحقّ؛ إما بتمكينه، أو باستعانة بمنعة المسلمين، والقصاص والأموال من حقوق العباد.

وقال في «فتح القدير» و«البحر»: وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي، والقاضي لتمكين المولى من استيفائه لا أنه شرط. انتهى.

والمراد بالخليفة: إمام ليس فوقه إمام؛ فإن أمير البلدة يقام عليه الحدود؛ كسائر الحقوق.

* * *

(بَابُ الشَّهَادَةِ على الزِّنا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا)

لَا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ بِحَدٍّ متقادِمٍ من غيرِ بُعدٍ عَنِ الإِمَامِ، إِلّا فِي الْقَذْفِ.

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنْها)

(**لا تقبل الشهادة بحد متقادم**)، وسيأتي معنى التقادم.

(**من غير بعد عن الإمام**) مسيرة شهر على الأصحّ؛ فإنهم إذا بعدوا عنه مسيرة شهر.. تقبل شهادتهم؛ لأن بعدهم مانع، فلا تتحقق التهمة في حقّهم.

واعلم: أنّ قوله: متقادم مسند في الحقيقة إلى ضمير سبب الحدّ، وهو الزنا ونحوه؛ أي: المشهود به؛ أي: متقادم سببه؛ لأن الشهادة إنما تقام على سبب الحد، والتقادم صفته لا على نفس الحدّ، ثم لا يتعين البعد عذراً، بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق، ولو في بعد يوم، أو يومين ونحوه: من الأعذار التي تظهر أنها مانعة من المسارعة، كذا في «فتح القدير».

وكذا لا تقبل الشهادة على الحرمة المغلظة؛ كالحرمة بطلقات ثلاث بعد التأخير بلا عذر على ما سيأتي في كتاب الشهادات.

(**إلّا في**) حد (**القذف**) خاصة، والأصل فيه: أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى.. تبطل بالتقادم عندنا؛ لأن الشاهد مخير بين حسبتين: أداء الشهادة والستر؛ فتأخيرهم إن كان لاختيار الستر فإقدامهم على الأداء بعد ذلك لضغينة حرَّكتهم، أو لعداوة حرفتهم.. فيتَّهم فيها، فلا تقبل.

وإن كان لا للستر.. يصير فاسقاً، فيتحقق المانع عن القبول، فحد الزنا، وشرب الخمر، والسرقة: خالص حق الله تعالى، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار.

فيكون التقادم فيها مانعاً، وحد القذف: فيه حق العبد غالب؛ لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار.

وَفِي السّرقَةِ: يضمَنُ المَالَ، وَيصِحُّ الْإِقْرَارُ بِهِ، إِلّا فِي الشَّرْبِ.

والتقادم غير مانع في حق العباد؛ لأن الدعوى فيه شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقهم.

بخلاف حد السرقة؛ لأن الدعوى ليس بشرط فيه؛ لأنه خالص حقّ الله تعالى [٦٢٧/ب]، وإنما شرط الدعوى للمال ثم التقادم؛ كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء.. كذلك يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا، حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان.. لا يقام عليه الحدّ؛ لأن الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى والحدود إلى كونه من حقوق الله تعالى، بخلاف حقوق العباد؛ فإن الاستيفاء فيها ليس من تتمة القضاء؛ لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد: إما إعلام من له القضاء، أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء، وأما في حقوق الله تعالى: فالمقصود من القضاء فيها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء؛ لاستغنائه تعالى عن المعنيين المذكورين، فكان الاستيفاء فيها من تتمة القضاء.

(وفي السرقة: يضمن) السارق **(المال)** المسروق؛ لأن شهادتهم، وإن لم تقبل في حق الحد؛ لكونه حقّ الله تعالى؛ لكنها تقبل في حق المال؛ لكونه حق العبد؛ لأن حقّ العبد يثبت بالشبهة، فيضمنه إن أتلف، وإن بقي.. يأخذ منه ويرد إليه.

(ويصحّ الإقرار به)؛ أي: بالحد المتقادم؛ لأن الإنسان لا يعادي نفسه، فلا يقال: إنّ إقدامه بالإقرار بعد التأخير؛ لعداوة حركته.

(إلّا في الشرب) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يصح الإقرار فيه أيضاً على ما سيأتي في بابه.

واعلم أنّ في الشهادة بالحدود القديمة والإقرار بها أربعة مذاهب:

الأوّل: ردّ الشهادة بها وقبول الإقرار بها ممّا سوى حد الشرب، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وتقادمُ غيرِ الشّرْبِ: بِشَهْرٍ فِي الْأَصَحِّ.

الثاني: رد الشهادة بها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم؛ كالزنا والسرقة، وهو قول محمد بن الحسن.

الثالث: قبولهما، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد.

الرابع: ردّهما، وهو قول ابن أبي ليلى.

ولم ينقل عكس قول محمد.

واستدل الشافعي ومالك وأحمد بإلحاق الشهادة بالإقرار بجامع كونهما حجّتين شرعيتين يثبت بكل منهما الحد؛ فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم.. كذا الشهادة، وبحقوق العباد أيضاً.

ولنا في الفرق: أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم، وشهادة المتهم مردودة.

أما الصغرى: فلما ذكرناه من أن الشاهد هنا مخير بين حسبتين... إلى آخره.

وأما الكبرى: فلقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»؛ أي: متّهم، بخلاف الإقرار بالزنا، أو السرقة؛ فإنه لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق والتهمة؛ كما تحقق في الشهادة على ما ذكرناه [٦٢٨/أ].

أما الفسق.. فظاهر.

وأما التهمة: فلأنّ الإنسان لا يعادي نفسه كما تقدم؛ فإذا لم يتحقّق شيء منهما.. لم يبطل بالتّقادم.

(**وتقادم غير الشّرب**)؛ أي: حد السّرقة والزنا والقذف: (**بشهر في الأصحّ**)، واختلفوا في حدّ التّقادم.

وأشار محمّد في «الجامع الصغير» إلى أنّه ستة أشهر؛ حيث قال فيه: شهدوا بعد حين، وقد جعلوا لفظة «حين» عند البينة ستة أشهر على ما تقدّم في الأيمان، إذا حلف لا يكلمه حيناً.

وَالشُّربِ بِزَوَالِ الرّيحِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: بِشَهْرٍ أَيْضاً.

وَإِن شهِدُوا بزِناهَ بغائبةٍ.. قُبِلَتْ، بِخِلَافِ سَرقَةٍ مِن غَائِبٍ.

وأبو حنيفة لم يقدّره، حتى روي عن أبي يوسف أنه قال: جهدنا على أبي حنيفة أن يوّقت في ذلك شيئاً فأبى ولم يوقت، وفوّضه إلى رأي القاضي في كلّ عصر؛ فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطاً: تقادم، وما لا يعدّ تفريطا: غير تقادم.

وعن محمد: أنه قدره بشهر؛ لأن ما دونه عاجل، على ما قالوا في مسألة الحلف: «ليقضيّن دينه عاجلا»، فقضاه فيما دون الشهر.. لا يحنث، وبعده.. يحنث وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي «الهداية»: وهو الأصحّ، وعليه ما ذكره في «المجرّد»: قال أبو حنيفة: لو سأل القاضي الشهود متى زنى، فقالوا: منذ أقلّ من شهر.. أقيم الحدّ، وإن قالوا: شهراً أو أكثر.. دريء الحدّ.

ثم هذا، أي: كون الشهر فصاعداً.. يمنع قبولها إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر.

أما إذا كان.. تقبل شهادتهم على ما ذكرناه في أوّل الباب.

(و) تقادم (**الشرب: بزوال الريح**) عندهما.

(**وعند محمد: بشهر أيضاً**) على ما سيأتي في بابه.

(**وإن شهدوا بزناه بغائبة.. قبلت، بخلاف**) الشهادة على (**سرقة من غائب**)، حيث لم تقطع يده.

والفرق بينهما أنّ بالغيبة تنعدم الدّعوى، وهي شرط في السّرقة للعمل بالبينة؛ لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه، فلا بدّ من دعواه له؛ لأن الشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست في الزنا.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحدّ في الزنا؛ كما لا يقطع في السرقة؛ لجواز أن تكون الغائبة حاضرة وادّعت النكاح.. فلا يحدّ لمكان الشبهة؛ كما أنّ القصاص إذا كان

وَإِن أقرّ بالزِّنا بمجهولةٍ.. حُدَّ.

وَإِن شهدُوا كَذَلِكَ. لَا يُحَدُّ.

وَكَذَا لَوِ اخْتلفُوا فِي طَوعِ الْمَرْأَةِ.

وَعِنْدَهُمَا: يُحَدُّ الرَّجلُ.

بين اثنين وأحدهما غائب.. ليس للحاضر استيفاؤه؛ لجواز أن يحضر الغائب فيقرّ بالعفو.. فلا يقتص للشبهة.

أجيب: بأنّ دعوى النكاح عند حضور الغائبة شبهة، واحتمال هذه الدعوى عند غيبتها شبهة الشبهة.. فلا تعتبر.

بخلاف صورة القصاص؛ فإن احتمال العفو عند حضور الغائب نفس الشبهة، لا شبهة الشبهة؛ فإن العفو ليس بشبهة، بل هو نفس حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة، وإنما يكون [٦٢٨/ب] شبهة الشبهة، لو كان العفو بشبهة.. فيكون احتماله شبهة الشبهة؛ فإذا كان شبهة.. يكون معتبراً؛ لأن الشبهة معتبرة في الشرع.

(**وإن أقرّ بالزنا بمجهولة.. حدّ**) بالإجماع؛ لأنه لا يخفى عليه امرأته، أو أمته.

فإن قيل: قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه.

أجيب: بأنّ الإنسان كما لا يقر على نفسه كاذباً.. لا يقرّ على نفسه حال الاشتباه، فلمّا أقرّ بالزنا.. كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف.

(**وإن شهدوا كذلك**)؛ أي: أنه زنى بامرأة مجهولة لا يعرفونها (**.. لا يحدّ**)؛ لاحتمال أنّها امرأته، أو أمته، بل هو الظاهر من حال المسلم، ولو قال المشهود عليه: المرأة الّتي رأيتموها معي ليست بزوجتي، ولا أمتي.. لا يحدّ أيضاً؛ لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحدّ، وهذا اللفظ منه ليس بإقرار موجب للحدّ.. فلا يحدّ وإن قاله أربع مرّات، كذا في «فتح القدير».

(**وكذا لو اختلفوا في طوع المرأة**) بأن شهد اثنان: أنه زنا بها واستكرهها، وآخران أنها طاوعته.

(**وعندهما: يحدّ الرّجل**) خاصة لاتّفاق الفريقين على موجب الحدّ فيه، وتفرّد

وَلَا يُحَدُّ أحدٌ لَوِ اخْتلفَ الشُّهُودُ فِي بلدِ الزِّنا،

أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانب المرأة؛ فإن الموجب لم يتحقق في حقها؛ لأن طواعيّتها شرط تحقق الموجب في حقّها.. فلم يثبت؛ لاختلافهما فيه، وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك: لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقّه؛ كما في وطء الصغيرة المشتهاة، والمجنونة على ما تقدّم.

ولأبي حنيفة وزفر معه: أن المشهود به اختلف؛ لأن الزنا فعل واحد لا يتحقق في الخارج إلا بهما، وكلّ ما هو كذلك: لا يتصف بوصفين متضادين، وهؤلاء الشهود أثبتوا له وصفين متضادين؛ لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا، والكره يوجب انفراد الرجل به، واجتماعهما متعذر، فكان كلّ واحد منهما فعلاً خلاف الآخر؛ فإن الزنا عن طوع غير الزنا عن كره، فاختلف المشهود به، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة؛ أعني: أربعة رجال، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين؛ لعدم نصاب الشهادة، والقاذف خصم، ولا شهادة للخصم، وإذا انتفت شهادة شاهدي الطواعيّة.. نقص نصاب الشهادة، فلا يقام بها الحد.

فإن قيل: إذا كانا قاذفين فلمَ لم يقم عليهما حد القذف؟

أجيب عنه: بأنه سقط عنهما حد القذف بشهادة شاهدي الإكراه؛ لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها لوجود حقيقة الزنا منها، لكنها لا تأثم بسبب الإكراه، كذا في «العناية».

وفيه بحث؛ لأن حقيقة الزنا في حق المرأة تمكينها [٦٢٩/أ] من الرجل على ما تقدّم، ولم يوجد ذلك منها.

(**ولا يحدّ أحد**)؛ أي: من الواطىء والموطوءة (**لو اختلف الشهود في بلد الزنا**) بأن شهد اثنان أنه زنى بالكوفة وآخران أنه بالبصرة؛ لاختلاف المشهود به باختلاف المكان، ولم يتم على كلّ واحد منهما نصاب الشهادة، ولا يحدّ الشهود أيضاً بشبهة اتحاد المشهود به نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة.

وفيه خلاف زفر والشافعي، قالا: يحدّ الشهود للقذف؛ لعدم تكامل عدد الشهود بكل من المشهود به، فصار كل من الفريقين قاذفاً بالشهادة.

قلنا: كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولفظة الشهادة، وتم العدد في حق المشهود عليه؛ فإن شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة، وصيغة الشهادة ثابتة، وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به، فيندرىء الحد عنهم.

والحاصل: أنّ في الزّنا شبهةً أوجبت الدرء عن المشهود عليه، وفي القذف شبهة.. أوجبت الدرء عن الشهود.

وقال «قاضي خان»: وكلامنا أظهر، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾، وقد وجد الإتيان بأربعة.

وإن شهد اثنان على الزنا في زاوية بيت، وآخران في زاوية أخرى من ذلك البيت.. حد كلّ منهما استحساناً لإمكان التوفيق؛ لأنهم اتفقوا على فعل واحد نسبوه إلى بيت واحد صغير، وبعد ذلك اختلافهم في تعيين زواياه.. لا يوجب تعدد الفعل؛ لأن البيت إذا كان صغيراً والفعل وسطه.. فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب، فيقول: أنه في الزاوية التي تليه، بخلاف البيت الكبير؛ فإنه لا يحتمل هذا؛ كالدارين والبلدين، فكان اختلافهم في زاوية البيت الصغير صورةً لا حقيقةً، أو حقيقة لكن الفعل واحد بأن كان ابتدأ الفعل في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما عن الفعل.

فإن قيل: هذا توفيق لإقامة الحد وهو احتياط في الإقامة، والواجب درؤه.

أجيب: بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل؛ فإنه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة.. قبلوا مع احتمال [شهادة] كل منهم على زناها في غير الوقت، وإنما قبل بناء على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وإن لم ينص عليه في شهادته؛ لأن التوفيق مشروع في أمثاله.

فإن قيل: الاختلاف في مسألتنا منصوص عليه، وفي هذه المسألة مسكوت عنه.

أَو شهدَ أَرْبَعَةٌ بِهِ فِي بلدٍ فِي وَقتٍ، وَأَرْبَعَةٌ بِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِبَلَدٍ آخرَ.

وَكَذَا لَو شهدَ أَرْبَعَةٌ على امْرَأَةٍ بِهِ وَهِيَ بِكْرٌ، ....

أجيب: بأنّ التوفيق [٦٢٩/ب] مشروع في محلّ الاختلاف؛ صيانة للقضاء عن التعطيل؛ سواء كان الاختلاف منصوصاً عليه، أو مسكوتاً عنه.

ومن الأول: أنهم إذا اختلفوا في الطول والقصر، أو في السّمن والهزال، وفي أنها بيضاء أو سمراء، أو عليها ثوب أحمر، أو أسود.. تقبل في كل ذلك.

فإن قيل: قد تقدم أنهم إذا شهدوا فاختلفوا في الإكراه والطواعية.. لا حد فيه عند أبي حنيفة، مع أن التوفيق ممكن فيه أيضاً بأن، يكون ابتداء الفعل كرهاً وانتهاؤه طوعاً فما المانع في اعتبار التوفيق في هذه المسألة.

أجيب عنه في «الكافي»: بأن ابتداء الفعل إذا كان عن إكراه.. لا يوجب الحدّ، فبالنظر إلى الابتداء.. لا يجب، وبالنظر إلى الانتهاء.. يجب، فلا يجب بالشك، وفيما نحن فيه يجب بالنظر إلى الروايتين.. فافترقا.

(**أو شهد أربعة به**)؛ أي: بالزنا (**في بلد في وقت، وأربعة**) أخرى (**به**)؛ أي: بالزنا (**في ذلك الوقت ببلد آخر**).. لا يحد أحد؛ لأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين؛ إذ الإنسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين، فلا يجب حدّهما بالشك، وكذا لا يحدّ الشهود أيضاً؛ لأنا تيقنا بصدق أحد الفريقين، فلا يحدون بالشك.

(**وكذا لو شهد أربعة على امرأة به**)؛ أي: بالزنا (**وهي بكر**) لا.. يحدّ واحد من الواطىء والموطوءة والشهود.

أما الواطىء والموطوءة.. فلظهور كذب الشهود؛ إذ لا بكارة مع الزنا، وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فثبت بكارتها بشهادتين، ومن ضرورته: سقوط الحد.

أَو هُم فسقةٌ، أَو شُهُودٌ على شُهُودٍ وَإِن شهدَ بِهِ الْأُصُولُ بعدَ ذَلِكَ.

وحُدَّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ لَو اخْتلفَ شُهُودُهُ فِي زَوَايَا الْبَيْتِ.

وَالشُّهُودُ فَقَط لَو كَانُوا عُمياناً، أَو محدودينَ فِي قذفٍ، أَو أقلَّ مِن أَرْبَعَةٍ،

وأما الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع الحد بشهادتهم لقولهنّ، فقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه.

وظهر من هنا: أنهم لو شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجبوباً، أو شهدوا على امرأة بالزنا فوجدت رتقاء، أو قرناء.. فإنه لا حدّ على أحد لما ذكرناه.

(**أو هم فسقة**)؛ لأن الفاسق، وإن كان من أهل الأداء والتحمل، لكن في أدائه نوع قصور لتهمة الكذب، فتثبت به شبهة يندرء بها الحد، ولا يحدون أيضاً لتكامل عددهم.

(**أو**) هم (**شهود على شهود**)؛ لأن فيها شبهة زادت على الأصل ولم تكن فيه؛ فإن الكلام إذا تداولته الألسنة.. تمكن فيه زيادة ونقصان (**وإن**) - وصلية - (**شهد به**)؛ أي: بذلك الزنا الذي شهد به الفرع بعينه.

(**الأصول بعد ذلك**)؛ أي: بعد شهادة الفروع؛ لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في حادثة واحدة؛ إذ هم قائمون مقامهم [٦٣٠/أ] بالأمر والتحميل، ولا يحدّ الشهود أيضاً؛ لتكامل عددهم وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة، وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه؛ لأن الشبهة مسقطة للحدّ لا موجبة له.

(**وحدّ المشهود عليه**)؛ أي كلّ من الرجل والمرأة (**لو اختلف شهوده في زوايا البيت**) استحساناً، والقياس: أن لا يحدّ؛ لاختلاف المكان حقيقة، وبه يختلف الفعل المشهود به، فصار كالاختلاف في البلد على ما مرّ.

والقياس: قول زفر والشافعي ومالك.

ووجه الاستحسان: إمكان التوفيق على ما ذكرناه آنفاً.

(و) حدّ (**الشهود فقط لو كانوا عمياناً أو محدودين في قذف، أو أقل من أربعة**،

أَو أحدُهم عبدٌ، أَو مَحْدُودٌ

ووَكَذَا لَو وُجِدَ أحدُهم عبداً أَو محدوداً بعدَ حَدِّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ

أو أحدهم عبد، أو محدود)، والأصل ههنا: أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع:

أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال: وهو الحر البالغ العاقل العدل.

وأهل لهما على وجه القصور؛ كالفساق لتهمة الكذب، ومقابل القسمين ليس أهلاً للتحمل، ولا للأداء، وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار.

وأهل للتحمل لا للأداء؛ كالمحدودين في قذف والعميان.

فالأوّل: يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها.

والثاني: يجب التوقف فيها ليظهر صدقه، وإلا.. فلا.

والثالث: لا شهادة له أصلاً حتى لا يصح النكاح بحضورهم وشهادتهم.

والرّابع: يصح النكاح بحضورهم لا غيره من الحدود والأموال.

إذا عرفت هذا.. ففيما نحن فيه: عدم الحد للزنا ظاهر؛ لأنه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت بالشبهات كالمال، فكيف يثبت بها ما لا يثبت بالشبهات من الحدود؟ لأن العميان والمحدودين ليس أهلاً للأداء، والعبد ونحوه ليسوا أهلاً للتحمل أيضاً، فلم تثبت بشهادتهم شبهة الزنا؛ لأن الزنا يثبت بالأداء، فصاروا قذفة فيحدون.

وأما الفساق.. فإنهم وإن كانوا أهلاً للإداء أو التحمل.. لكنهم متهمون بالكذب، فتثبت شبهة دارئة للحد، ولا يحدّون أيضاً على ما مر.

وأما إذا كانوا أقلّ من أربعة.. فلا يحد المشهود عليه؛ لعدم النّصاب، ويحدّون لكونهم قذفة.

(**وكذا**)؛ أي: حدّ الشهود (**لو وجد أحدهم عبداً أو محدوداً**) بحدّ القذف (**بعد حد المشهود عليه**)؛ أي: شهادتهم؛ لأنهم صاروا بهذه الشهادة قذفة لنقصان عددهم.

وديَتُهُ فِي بَيتِ المَالِ إن رُجِمَ، وَأَرش جُرحِ ضربِهِ أو مَوتُهُ مِنْهُ هَدَرٌ، وَقَالا: فِي بَيتِ المَالِ أَيْضاً.

(**وديته في بيت المال إن رجم، وأرش جرح ضربه، أو موته منه**)؛ أي: من الضرب (.. **هدر**) عند أبي حنيفة.

(**وقالا: في بيت المال أيضاً**).

والحاصل: أن المشهود عليه إذا حدّ بشهادة الشهود، أو جلد فجرحه الجلد أو مات عنه، ثم ظهر بعض الشهود [٦٣٠/ب] عبداً، أو محدوداً في قذف، أو أعمى، أو كافراً.. فإنّهم يحدّون حدّ القذف بالاتفاق؛ لأن الشهود حينئذ أقلّ من أربعة فكانوا قاذفين.

ثم قال أبو يوسف ومحمّد: أرش الجراحة ودية النفس في بيت المال.

وقال أبو حنيفة: لا شيء عليهم، ولا على بيت المال.

وإذا حدّ رجماً بشهادتهم، ثم ظهر أحدهم عبداً، أو محدوداً، أو أعمى، أو كافراً.. فديته على بيت المال اتّفاقاً.

ولهما في الخلافية: أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي؛ لأنه الآمر له، وفعل المأمور ينتقل إلى الآمر عند صحة الأمر، فكأنه ضربه بنفسه، ثم ظهر خطؤه، وفيه يكون الضمان في بيت المال؛ لأنه عامل للمسلمين لا لنفسه، فتجب الغرامة، فصار الجرح والموت من الجلد.. كالرجم والقصاص إذا قضى به؛ فإن الضمان عند ظهور الشّهود محدودين، أو عبداً، أو كفاراً: في بيت المال اتفاقاً.

ولأبي حنيفة: أنّ الواجب بشهادتهم هو الجلد حدّاً، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك، لا الضرب المطلق المنتظم للجارح وغيره كما زعماه.

وقولهم: إن الاحتراز عن الجارح غير ممكن: ممنوع، بل ممكن غير عسير، ولا يقع جارحاً إلّا لخرق الضارب وقلّة هدايته وترك احتياطه، فاقتصر عليه ولم يتعدّ إلى الشهود، ولا إلى القاضي.

وَكَذَا الْخلافُ لَو رَجَعَ الشُّهُودُ.

بخلاف الرجم؛ فإنه مضاف إلى قضاء القاضي؛ لأنه قضى به ابتداء، ثم ظهر خطؤه، ومصلحة عمله للعامة، فيكون موجَبُ ضرر خطئه عليهم في مالهم؛ لأن الغرم بالغنم.

أما الجلد الجارح.. فلم يقض به، فلا يلزمه ليكون في بيت المال، بل يقتصر على الجلاد، إلا أنه لا يجب عليه الضمان؛ لأنه لم يتعمده؛ فلو ضمناه.. لامتنع النّاس من الإقامة مخافة الغرامة، وإذا لم تجب الغرامة عليه، ولا على الشهود، ولا على القاضي في بيت المال.. لم تجب أصلاً.

وقال فخر الإسلام في «المبسوط»: لو قال قائل: يجب الضمان على الجلاد.. فله وجه؛ لأنه ليس مأموراً بهذا الوجه من الجلد، بل بضرب مؤلم لا جارح، ولا كاسر، ولا قاتل؛ فإذا وجد فعله على هذا الوجه.. رجع تعدّياً، فيجب عليه الضمان.

والصحيح: هو الأوّل على ما في «الهداية» وحواشيه و«الزيلعي».

(**وكذا الخلاف لو رجع الشهود**)؛ أي: بعدما ضرب فجرح أو مات.

والذي ظهر من هذا التشبيه: أن الخلاف في المشبه مثل الخلاف في المشبه به، وليس كذلك؛ فإن الخلاف في المشبه به: هو أن الأرش والدية في بيت المال عندهما.

وعنده [٦٣١/أ]: هدر ليس على واحد من الجلاد والشهود والقاضي في بيت شيء.

والخلاف فيما نحن فيه: هو أن الضمان على الشهود، وعنده: ليس عليهم شيء.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: الأرش والدية على الحاكم، وله في هذه المسألة ما مر في المسألة الأولى.

ولهما فيها: أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب على ما مر أيضاً.

وَلَو رَجَعُوا بعدَ الرَّجْمِ.. حُدُّوا وغُرِّموا الدِّيَةَ.

وكلُّ وَاحِدٍ رَجَعَ.. حُدَّ وَغَرِمَ رُبُعَهَا.

وَلَو رَجَعَ أَحدُ خَمْسَةٍ.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ فَإِن رَجَعَ آخرُ.. حُدَّا وغَرِمَا رُبُعَهَا.

وَلَو رَجَعَ وَاحِدٌ قبلَ الْقَضَاءِ.. حُدُّوا كلُّهم.

ومطلق الضرب ينتظم الجارح وغيره، فيضاف الجرح والموت إلى شهادتهم، فصاروا كالمباشرين لما يوجبوه بشهادتهم، فرجوعهم: اعتراف بأنهم جناة في شهادتهم؛ كمن ضرب شخصاً بسوط فجرحه أو مات، وكشهود القصاص والقطع إذا رجعوا.

(**ولو رجعوا بعد الرجم.. حدّوا**) عند الثلاثة، خلافاً لزفر.

لنا: أنّ شهادتهم انقلبت بالرجوع قذفاً.

(**وغرموا الدية**)؛ لأن الإتلاف بغير حق يضاف إليهم.

(**وكلّ واحد رجع**)؛ أي: بعد الرجم (.. **حدّ وغرم ربعها**)؛ لأن الثلاثة باقون على شهادتهم، والمتلف بشهادته: ربع الحقّ.

(**ولو رجع أحد خمسة.. فلا شيء عليه**)؛ أي: على الراجع؛ لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق، وهو شهادة الأربع؛ (**فإن رجع آخر**) من الأربعة الباقية من الخمسة (.. **حدّا وغرما ربعها**).

أما الحد: فلانقلاب شهادتهم بالقذف.

وأما الغرامة: فلأنه بقي ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء من بقي لا من رجع.

واعلم: أنّ وجوه رجوع واحد ثلاثة: إما قبل القضاء، أو بعده قبل الإمضاء، أو بعده، ذكرها المصنف كلها.

فذكر أولاً **ما كان بعد الإمضاء** بقوله: «وكلّ واحد رجع.. غرم ربعها».

ثم أراد أن يذكر **ما كان قبل القضاء**، فقال: (**ولو رجع واحد قبل القضاء.. حدّوا كلّهم**) عند أئمتنا الثلاث.

وَلَو بعدَهُ قبلَ الْحَدِّ.. فَكَذَلِكَ، وَعند مُحَمَّدٍ: الرَّاجِعُ فَقَط.

وَلَو شهدُوا فزُكُّوا، فرُجِمَ، ثمَّ ظَهَرُوا كفَّاراً، أَو عبيداً.. فَالدِّيَةُ على المزكِّينَ إِن رجعُوا عَن التَّزْكِيَةِ، وإِلَّا.. فعلى بَيتِ المَالِ.

وقال زفر: يحد الرّاجع خاصة؛ لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره، فبقي شهادتهم على ما هي عليه، لا تنقلب قذفاً.

ولنا: أن كلامهم قذف في الأصل، وإنما تصير شهادة بإيصال القضاء، ولم يتصل به؛ لأن رجوعه منع من ذلك.. فبقي قذفاً، فيحدّون.

وكذا إذا كان الرابع ساكتاً عن الأداء.. يحدون كلّهم؛ لبقاء كلامهم قذفاً؛ لعدم اتصال القضاء به؛ لأن القضاء لا يتصل ما لم يوجد الأداء من الأربعة.

ثم ذكر ما كان الرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء بقوله : (**ولو بعده قبل**) إقامة (**الحد.. فكذلك**)؛ أي: حدّوا جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويسقط الحدّ عن المشهود عليه.

(**وعند محمد**) وزفر معه: حدّ (**الراجع فقط**)؛ لأن الشهادة تأكّدت بالقضاء، فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفاً، فالرّجوع بعد [٦٣١/ب] القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر في فسخ القضاء في حقّه فقط؛ كالرّجوع بعد الاستيفاء على ما تقدّم.

ولهما: أن الاستيفاء من تمام القضاء في الحدود على ما تقدّم بيانه، فصار كما إذا رجع واحد قبل القضاء، ولهذا يسقط الحدّ عن المشهود عليه.

(**ولو شهدوا فزكّوا**)، وقال المزكون: هم أحرار مسلمون عدول؛ أما لو اقتصروا على قولهم: عدول.. فلا ضمان على المزكين، بل في بيت المال بالاتفاق إذا ظهروا عبيداً على ما في «فتح القدير».

وهذا: لأن العبد قد يكون عدلاً؛ فإذا زكوا كما قلنا (**فرجم، ثم ظهروا كفاراً أو عبيداً.. فالدّية على المزكين إن رجعوا عن التزكية، وإلّا**)؛ أي: وإن لم يرجعوا عن التزكية قائلين: هم كانوا أحراراً مسلمين، وإنما طرأ كفرهم (.. **فعلى بيت المال**) هذا عند أبي حنيفة.

وَقَالا: فِي بَيتِ المَالِ مُطلقاً.

(**وقالا: على بيت المال مطلقاً**)؛ أي: رجعوا عن التزكية، أو لم يرجعوا.

وقالوا: هذا الخلاف فيما إذا قالوا: تعمّدنا التزكية.. فقلنا: هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم.

وأما لو كان رجوعهم بأن يقولوا: أخطأنا.. فذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق.

لهما في الخلافية: وهو قول مالك والشافعي وأحمد أنهم لو ضمنوا.. لكان ضمان عدوان، وهو بالمباشرة، أو بالتسبيب، وعدم المباشرة منهم ظاهر، وكذا التسبيب؛ لأن سبب الإتلاف هو الزنا، وهم لم يثبتوه، وإنما أثنوا على الشهود خيراً، فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان؛ فكما لم يضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه، إذا ظهر غير محصن؛ لأنّهم لم يثبتوا السبب.. كذلك لا يضمن المزكون.

ولأبي حنيفة: أن الشهادة بالزنا إنما تصير حجة موجبة للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة للإتلاف؛ لأنها موجبة لموجبية الشهادة للحكم بالرجم، وعلة العلة؛ كالعلة في إضافة الحكم إليها.

بخلاف الإحصان؛ فإنه ليس موجباً للعقوبة، ولا لتغليظها، بل الزّنا هو الموجب، فعند الإحصان: يوجبها غليظة؛ لأنه كفران نعمة الله تعالى، فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو نعمة، بل إلى كفران النعمة.. فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة، والسبب وضع الكفران في موضع الشكر، ثم لا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة، أو أخبروا بالحرية والإسلام.

وكذا لا يشترط في التزكية مجلس القضاء بالاتفاق، ولا العدد في المزكى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمّد، فيشترط الاثنان في سائر الحقوق، والأربعة في الزنا [٦٣٢/أ].

ثم لا يحدّ الشهود حدّ القذف لأنهم قذفوا حيّاً فمات، ولا يورث استحقاق حدّ القذف.

واعلم: أنه قال في المنظومة هكذا:

علـى المـزكين ضـمان مـن رجـم　　　إن ظهـر الشـاهد عبـداً وعلـم

وأوجبـا ضـمان هـذا المتلـف　　　من بيت مال المسلمين فاعرف

وفـي المـزكين إذا هـم رجعـوا　　　كـذا وقـالوا عـزروا وأوجعـوا

فالظاهر منه: أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في موضعين:

أحدهما: في ظهور الشاهد عبداً بعدما رجم بشهادتهم:

فعند أبي حنيفة: ضمانه على المزكين.

وعندهما: في بيت المال على ما ظهر من البيت الأول والثاني من غير اشتراط برجوع المزكين، على خلاف ما ظهر من كلام المصنف.

وثانيهما: في رجوع المزكي بعدما رجم.

فعنده: يلزم الضمان على المزكين.

وعندهما: يلزمهم التعزير بلا لزوم الضّمان على ما ظهر من البيت الثالث.

وقال في بعض شروح المنظومة: إنّ المسألة الأولى فيما إذا ظهر الشهود عبيداً ورجع المزكون أيضاً، والمسألة الثانية الّتي يشتملها البيت الثالث: فيما إذا رجع المزكون فحسب. انتهى.

فعلى هذا: تكون المسألة الأولى موافقة لكلام المصنف في اشتراط رجوع المزكين.

وَلَو قتل أحدٌ الْمَأْمُورَ بَرْجِمِهِ فظهروا كَذَلِكَ.. فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ.

وقال صاحب «المجمع»: ولو شهدوا فزكّوا فرجم، ثم ظهروا عبيداً أو أحدهم عبداً.. فالضمان على المزكين إن تعمدوا، وقالا: في بيت المال، ولو رجع المزكون.. عزروا.

والذي ظهر منه: أن الخلاف بينه وبين صاحبيه في موضع واحد؛ أعني: ظهور الشهود عبيداً من غير اشتراط رجوع المزكين، على خلاف كلام المصنف.

وأما في رجوعهم: ففيه التعزير بالاتفاق.

(**ولو قتل أحد المأمور برجمه فظهروا**)؛ أي: الشهود (**كذلك**)؛ أي: عبيداً أو كفاراً (**.. فالدية في مال القاتل**).

واعلم: أنّ هذه المسألة على أربعة أوجه على ما ذكره في «الكافي» قال: إن شهد أربعة على رجل بالزنا.. فأمر الإمام برجمه:

فقتله رجل عمداً، أو خطأً بعد الشهادة قبل التعديل: يجب القود في العمد، والدية في الخطأ على عاقلته.

وكذا إذا قتله بعد التعديل والتزكية قبل القضاء برجمه.

وإن قضي برجمه فقتله رجل عمداً، أو خطأً.. لا شيء عليه.

وإن قتله رجل عمداً بعد القضاء، ثم وجد الشهود عبيداً، أو كفاراً، أو محدودين في قذف، أو مكاتبين، أو معتق بعضه وهو يسعى في بعض قيمته.. فالقياس: أن يجب القصاص عليه؛ لأنه قتل نفسا محقون الدم عمداً؛ لأنه لما ظهر أن الشهود عبيد ونحوه.. تبيّن أن القضاء لم يصح، ولم يصر مباح الدم، وقد قتله بفعل لم يؤمر به [٦٣٢/ب]؛ إذ المأمور به الرجم وهو قد جزَّ عنقه، فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولاً إليه.. فبقي مقصوراً عليه.

وفي الاستحسان: تجب الدّية؛ لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر، وحين قتله.. كان القضاء صحيحاً فأورث شبهة الإباحة؛ لأنه لو نفذ ظاهراً وباطناً.. تثبت حقيقة الإباحة؛ فإذا نفذ من وجه دون وجه.. تثبت شبهة الإباحة.

بخلاف ما لو قتله **قبل القضاء**؛ لأن الشهادة لم تصر حجة.. فيقتصّ منه في العمد، فصار كمن قتل إنساناً على ظن أنه حرّبي وعليه علامتهم، ثم ظهر أنه مسلم، وعليه الدية في ماله؛ لأنه عمد، والعاقلة لا تعقل العمد، وتجب في ثلاث سنين؛ لأنه يجب بنفس القتل، وما يجب بنفس القتل.. يجب مؤجّلاً كالدية، بخلاف ما يجب بالصلح عن قود؛ فإنه يجب حالاً؛ لأنه وجب بالعقد لا بنفس القتل، فأشبه الثمن، كذا ذكره في «فتح القدير».

وقال في «الجامع الصغير الحسامي»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، وأمر الإمام برجمه، فضرب رجل عنقه، ثم وجد الشهود عبيداً.. فعليه الدية؛ لأنه قتله بغير حقّ. انتهى بلفظه.

وهذا جواب الاستحسان في الوجه الرابع.

وقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «الجامع الصغير» لمحمد: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأمر الإمام برجمه، فقتله إنسان عمداً أو خطأ: فاعلم: بأنّ هذه المسألة على أربعة أنواع:

الأول: إن شهد أربعة على رجل بالزنا فيحبسه القاضي لينظر في أمره، فقتله رجل في الحبس عمداً أو خطأ.. فالحكم فيه: القصاص على القاتل في العمد والدية في الخطأ.

الثاني: إن كان الشهود قد زكّوا وعدّلوا، غير أن القاضي لم يقض برجمه، فقتله إنسان عمداً أو خطأ.. كان على قاتله القصاص في العمد، والدية في ماله في الخطأ.

وَلَو أقرَّ الشُّهُودُ بتعمُّدِ النّظرِ.. لَا تُرَدُّ شَهَادَتُهم.

وَلَو أنكرَ الْإِحْصَانَ.. يثبتُ بِشَهَادَةِ رجلَيْنِ، أَو رجلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَو بِوِلَادَةِ زَوجتِهِ مِنْهُ.

الثالث: إذا قضى القاضي برجمه، فقتله إنسان عمداً أو خطأ.. ليس على قاتله شيء.

الرابع: إذا قضى القاضي عليه بالرجم، فقتله رجل عمداً، ثم وجد الشهود عبيداً ونحوه.. تجب الدية في الاستحسان. انتهى.

والحاصل: أن قتل الرجل إياه؛ إما أن يقع بعد القضاء برجمه، أو قبل القضاء به.

فإن كان قبل القضاء به: فعلى القاتل القصاص في العمد، والدية في الخطأ، سواء كان القتل قبل التزكية، أو بعده.

وإن كان بعد القضاء: فإما إن ظهر الشهود عبيداً ونحوه، أو لم يظهروا؛ فإن لم يظهروا كذلك.. لا شيء على القاتل لا في العمد، ولا في الخطأ، وإن ظهروا كذلك:

ففي الاستحسان: [٦٣٣/أ] يجب عليه الدية، فظهر منه أن قول «الكافي»: فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ يجب القود في العمد والدية في الخطأ.. مما لا يخفى خفاؤه.

(**ولو أقر الشهود بتعمد النظر.. لا ترد شهادتهم**)؛ لأنه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة، فأشبه الطبيب والقابلة، فلا يكون فسقاً.

بخلاف ما لو قالوا: تعمدّنا النظر للتلذذ.. لا تقبل إجماعاً؛ للفسق.

(**ولو أنكر الإحصان**)؛ أي: الدخول بعد وجود سائر شرائط الإحصان على ما في «الهداية» (.. **يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، أو بولادة زوجته منه**)؛ يعني: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الرجل الدخول، وله امرأة قد ولدت منه.. فإنه يثبت إحصانه بشهادة الولادة منه، كما يثبت بشهادة رجلين، أو رجل

وامرأتين؛ لأن الإحصان يكفي في ثبوت الدليل الذي فيه شبهة، فيثبت بشهادة الولادة؛ لأن الحكم بثبوت النسب منه يستلزم الحكم بالدخول، ولهذا لو طلّقها طلقة واحدة تعقب الرجعة، ولو لم تكن مدخولاً بها.. لما كانت تعقب الرجعة، بل كانت بائنة بالواحدة الصريحة؛ لأن غير المدخول بها تبين بواحدة؛ فإذا ثبت إحصانه.. يرجم، هذا عندنا.

وقال زفر والشافعي وأحمد ومالك: إن إحصانه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال، إلا أن الثلاث قالوا: إن شهادة النساء في غير الأموال.. لا تقبل.

وقال زفر: إنها وإن قبلت، إلا أن الإحصان شرط في معنى العلة؛ لأن الجناية تتغلظ عند الإحصان، فيضاف الحكم إليه، فأشبه حقيقة العلة.. فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء، وصار كما إذا شهد ذميان على ذمّي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل زناه.. لا تقبل، مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة، لما ذكرناه أيضاً من أن الإحصان شرط في معنى العلة، فصار كشهادتهم على زناه.

قلنا: لا نسلم أن الإحصان في معنى العلة، كيف وأنه ليس إلا عبارة عن خصال حميدة، بعضها غير داخل تحت قدرته؛ كالحرية والعقد، وبعضها فرض؛ كالإسلام، وبعضها مندوب إليه؛ كالنكاح الصحيح والدخول فيه.. فلا يتصور كونها سبباً للعقوبة، ولا سبباً لسببه؛ فإن سببها المعصية.

والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة؛ لأنه سبب لضدّ سببها وهو الطاعة والشكر، فيستحيل أن يكون في معنى علة الحكم، وهو مانع لسببه [٦٣٣/ب].. فالسبب ليس إلا الزنا، إلا أنه يختلف الحكم.

ففي حال الإحصان: حكمه الرجم، وفي غيره: الجلد، فكان الإحصان السابق على الزنا معرفاً لخصوص الحكم الثابت بالزنا - أعني: خصوص العقوبة - فصار علامة محضة.

والعلامة المحضة: لا يكون لها تأثير أصلاً، فلا تكون علّة، ولا في معناها، فكيف يضاف الحكم إليها؟! فعلمنا: أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة، وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم، فلمّا لم يكن سبباً للعقوبة، ولا علّة.. جاز أن يدخل في إثباته شهادة النساء، فصار كما لو شهد رجل وامرأتان في غير حالة الزنا أن فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بها؛ فإنه قبلت هذه الشهادة، فكذلك ههنا.

بخلاف شهادة الذميين على الذمي أنه أعتق عبده قبل الزّنا؛ لأن العتق هناك يثبت أيضاً بشهادتهما، وإنما لا يثبت سبق التاريخ؛ لأنه تاريخ ينكره المسلم، أو يتضرّر به من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه، وما ينكره المسلم أو يتضرّر به: لا يثبت بشهادة أهل الذمة؛ فلو قلنا بجواز هذه الشهادة.. كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم.

* * *

(بَابُ حَدِّ الشّرْب)

مَن شربَ خمراً وَلَو قَطْرَةً فَأُخِذُ ورِيحَهَا مَوْجُودٌ أَو جاؤوا بِهِ سَكرَانَ مِن نَبِيذٍ ....

(بَابُ حَدِّ الشّرْب)

(**من شرب خمراً ولو قطرة فأخذ وريحها موجود**)؛ أي: حين الأخذ؛ فزواله لبعد الطريق لا يضرّ؛ (**أو جاؤا به سكران من نبيذ**).

قال في «الهداية»: ولا يحد السكران حتّى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً؛ لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك، وكذا شرب المكره.. لا يوجب الحد. انتهى.

ثم قال في كتاب الأشربة، وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟

قيل: لا يحدّ، وقد ذكر الوجه من قبل، قالوا: والأصح: أنه يحدّ؛ فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة: أنه يحدّ من غير تفصيل، وهذا؛ لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك، وكذا المتخذ من الألبان إذا اشتد.. فهو على هذا. انتهى.

والذي ظهر من قوله: «قالوا والأصح»: أن ما ذكره في كتاب الأشربة هو الأصحّ عند القوم، وما ذكره في هذا الباب هو المختار عنده على ما هو رأيه، ثم ما ذكره في هذا الباب من عدم لزوم الحدّ مما يتخذ من الحبوب: قول أبي حنيفة، وما ذكره في كتاب الأشربة من لزوم الحدّ قول محمد على ما صرّح به في «فتح القدير».

ثم هذا الخلاف في وجوب الحد من السكر من المباح وعدم وجوبه، لا في حرمة [٦٣٤/أ] السكر منه.. فإنه حرام بالإجماع؛ لأنه ذكر في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي: أنّ السكر من الأشربة المتخذة من الحبوب؛ كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها.. حرام بالإجماع، واستدل عليه بقوله؛ لأن السكر من البنج حرام، مع أنه مأكول؛ فمن المشروب: أولى، ثم وجوب الحدّ يتعلق في غير الخمر من

وَشهدَ بذلكَ..

الأنبذة بالسكر، وفي الخمر: بشرب قطرة واحدة مع وجود الريح، على ما نطق به عبارة الكتاب.

وأما وجوبه بالسكر من الخمر.. فهو معلوم منه بطريق الأولى.

ثم النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر.

وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ:

فالنقيع: أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أيّاماً حتى يخرج حلاوته إلى الماء، ثم يطبخ أدنى طبخة، فما دام حلواً.. يحلّ شربه، وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد.. يحرم.

وأما النبيذ: فهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة.. يحل شربه ما دام حلواً، وإذا غلى واشتد - وعلى قول محمد - وقذف بالزبد.. فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر: يحل شربه ما دون السكر، وعلى قول محمد والشافعي: لا يحلّ.

وما يتخذ من التمر ثلاثة: السكر، والفضيح، والنبيذ، على ما سيأتي بيانه في كتاب الأشربة.

(**وشهد بذلك**)؛ أي: بشرب الخمر في الأول، وبشرب النبيذ في الثاني، والمراد بالأول: مجيئهم على القاضي من غير سكران، وبالثاني: مجيئهم إليه سكراناً من غير الخمر على ما ذكرناه آنفاً: من أن حال من سكر من الخمر علم بطريق الأولى، ولا بد أن يكون الشهادة في كل من الأول والثاني مقيّدة بوجود الرائحة، وذلك إما بأن يشهدا عند الحاكم بالشرب وبقيام الرائحة، أو بالشرب فقط، فيأمر القاضي باستنكاهه، فيستنكهه ويخبره بأن ريحها موجود، فلو قال بعد قوله: من نبيذ وريحها موجود.. لكان أولى؛ لأنه كما لا بد من وجود رائحة الخمر.. كذلك لا بد من رائحة النبيذ، هذا إذا جاؤوا به من قريب.

رجلَانِ، أَو أقرَّ بِهِ مرَّةً، وَعند أَبِي يُوسُفَ مرَّتَيْنِ، وَعُلِمَ شُربُهُ طَوْعاً.. حُدَّ إِذا صَحا: ثَمَانِينَ للْحرّ، وَأَرْبَعينَ للْعَبدِ مفرَّقاً على بَدَنِهِ كَمَا فِي الزِّنا.

وأما إذا جاؤوا به من بعيد فزالت الرائحة.. فلا بد أن يشهدا بالشرب، ويقولا: أخذناه وريحها موجود حين أخذناه.

(**رجلان**)؛ لأن شهادة رجل وامرأتين.. لا تقبل في الحدود.

(**أو أقرَّ به**)؛ أي: بالشرب، والرائحة موجودة؛ لأن وجود الرائحة لا بد منه؛ كما إذا شهدا بذلك، إلا إذا بعدت المسافة، ولا بد أن يكون إقراره به حال الصحو حال قيام الرائحة؛ لأن إقراره في [٦٣٤/ب] حال السكر.. لا يوجب الحدّ على ما سيصرّح به.

(**مرّة**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**وعند أبي يوسف: مرتين**) اعتباراً بالشهادة كما في الزنا.

قلنا: ثبت ذلك على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره.

(**وعلم شربه طوعاً**)؛ فإن الشرب كرهاً لا يوجب الحدّ.

(.. **حدّ**)؛ لقوله ﷺ: «من شرب الخمر.. فاجلدوه؛ فإن عاد.. فاجلدوه؛ فإن عاد.. فاجلدوه؛ فإن عاد.. فاقتلوه»، رواه أبو داود، وقال الترمذي: هذا في أوّل الإسلام، ثم نسخ ورفع القتل، ولأن جناية الشرب قد ظهرت بالبينة أو الإقرار ولم يتقادم العهد.. فيجب الحد.

(**إذا صحا**) لينزجر به؛ لأن السكران لا ينزجر حال سكره، والمقصود من الحدّ: الانزجار.

(**ثمانين**) سوطا (**للحرّ**) لإجماع الصحابة، وفيه حديث أنس أن النبي ﷺ أُتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، فيبلغ ثمانين.

(**وأربعين للعبد**)؛ لأن الرق منصف.

(**مفرقاً على بدنه كما في الزنا**)، ما خلا الوجه والرأس والفرج كما مر.

وَإِن أَقَرَّ أَو شَهدا عَلَيْهِ بعدَ زَوَالِ رِيحِهَا.. لَا يُحَدُّ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَا يُحَدُّ مَن وُجِدَ مِنْهُ رائحةُ الْخمرِ، ....

ثم يجرد - في المشهور من الرواية - عن ثيابه.

وفي رواية عن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه؛ إظهاراً للتخفيف؛ لأنه لم يرد به نص.

ووجه المشهور: أن الشرع أظهر التخفيف مرة من حيث العدد؛ حيث لم يجعله مائة كما في الزنا.. فلا يعتبر ثانياً بترك التجريد.

(**وإن أقرَّ أو شهدا عليه بعد زوال ريحها**) لا لبعد المسافة (**.. لا يحد**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**خلافاً لمحمّد**)، وهذا بناء على أنّ التقادم في حد الشرب مقدّر عنده بالشهر؛ اعتباراً بحد الزنا.

وعندهما: مقدّر بزوال الرائحة على ما تقدم، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، إلا أنه إذا زال ريحها يوجد التقادم عندهما.. فلا تقبل شهادتهما، ولا يوجد عنده فتقبل شهادتهما فيحدّ.

وأما الإقرار: فلأن التقادم لا يبطله عند محمّد كما في حد الزنا؛ لأن الإنسان لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه؛ فإذا لم يبطله.. يحد عنده.

وقالا: لا يقام الحد إلّا عند قيام الرائحة؛ لأن حدّ الشرب ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود، وقد شرط قيام الرائحة؛ حيث قال: فإن وجدتم رائحة الخمر.. فاجلدوه.

(**ولا يحدّ من وجد منه رائحة الخمر**) ما لم يثبت شربه طوعاً بالإقرار أو البينة؛ لأن الرائحة محتملة قد تكون من غير الخمر أيضاً، فلا بد من ثبوت الشرب.

فإن قيل: إنها وإن كانت محتملة، إلا أن التمييز بين رائحة ورائحة ممكن لمن يستدل بها على الشرب، وإنما يشتبه على الجهال.

أَو تقيَّأَها، أَو أَقرَّ ثمَّ رَجَعَ، أو أقرَّ سَكرَان.

وَالسُّكرُ الْمُوجبُ للحدِّ أَن لَا يَعرِفَ الرَّجلَ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَالْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ، وَعِنْدَهُمَا: أَن يَهذِيَ ويَخْلِطَ فِي كَلَامِهِ، وَبِه يُفْتى.

قلنا: إن التميز إنما يمكن لمن عاين الشرب لا لمن لم يعاينه، والاحتمال [٦٣٥/أ] المذكور بالنسبة إلى من لم يعاينه، كذا في «العناية».

(**أو تقيأها**) لاحتمال أنه شربها كرهاً (**أو أقرّ، ثم رجع**)؛ لأنه خالص حقّ الله تعالى، فيسقط بشبهة الرّجوع.

(**أو أقرّ سكران**)؛ لاحتمال زيادة الكذب في إقراره فيحتال لدرئه؛ لأنه خالص حقّ الله تعالى.

بخلاف حدّ القذف؛ لأن فيه حقّ العبد، والسّكران فيه كالصّاحي؛ عقوبة عليه.

(**والسّكر الموجب للحدّ: أن لا يعرف الرجل من المرأة، والأرض من السّماء**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: أن يهذي ويخلط كلامه**)؛ أي: يكون غالب كلامه الهذيان، وإن كان نصفه مستقيماً.. فليس سكران على ما في «العناية».

لهما: أن السكران في العرف هو هذا، وإليه مال أكثر المشايخ.

ولأبي حنيفة: أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأً للحدّ، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلب التميز بين شيء وشيء، وما دون ذلك.. لا يعرى عن شبهة الصّحو، والمعتبر في حق غير الحد من الحرمة وغيرها: ما قالاه بالإجماع؛ أخذاً بالاحتياط.

والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه، وهذا ممّا يتفاوت باختلاف الأشخاص عادة، فلا معنى لاعتباره.

(**وبه يفتى**) على ما اختاره أكثر المشايخ.

وَلَو ارْتَدَّ السَّكْرَانُ.. لَا تبينُ امْرَأَتُهُ.

(**ولو ارتد السكران... لا تبين امرأته**)؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السّكر؛ لعدم القصد.

وعند أبي يوسف: ارتداده كفر. على ما ذكره في «الذخيرة».

وينبغي أن يصحّ إسلام المرتد كإسلام المكره؛ ترجيحاً لجانب الإيمان.

وفي «قاضي خان»: لو أجبر الكافر على الإسلام فأسلم.. صح إسلامه؛ فإن ارتدّ بعد ذلك.. يجبر على الإسلام ولا يقتل.

وفي «البزدوي»: إسلام السكران يصح، وارتداده لا يصح، ولا تبين امرأته منه بارتداده ويجبر على العود إلى الإسلام، ولو باشر سبب القصاص أو أقر به.. يلزمه، وإذا قذف أو أقر به.. لزمه الحدّ، وإذا زنى في سكره.. حدّ إذا صحا.

* * *

(بَابُ حدِّ الْقَذْفِ)

هُوَ كَحَدِّ الشّرْبِ كَمِّيَّة وثبوتاً؛ فَمن قذفَ مُحصناً أَو مُحصنَةً بِصَرِيحِ الزِّنا..

(بَابُ حَدِّ القَذْف)

وهو في اللغة: الرَّمْي.

وفي اصطلاح الشرع: نسبة من أحصن إلى الزنا، صريحاً أو دلالة.

(هو)؛ أي: حدّ القذف: (**كحدّ الشرب كميّة**)؛ أي: ثمانون سوطاً إن كان حرّاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ إلى أن قال: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾.

(**وثبوتاً**) بشهادة رجلين، أو بالإقرار: مرة واحدة، لا بشهادة النساء، ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، ولو ادّعى المقذوف، أنّ له بينة حاضرة [٦٣٥/ب] على القاذف في مصر.. يحبسه القاضي في قول أبي حنيفة إلى قيام القاضي عن مجلسه - يريد به: أنه يلازمه - ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه في قول أبي حنيفة ومحمّد.

ولو أقام المقذوف شاهداً واحداً عدلاً على القاذف وقال: لي شاهد آخر في المصر؛ قال أبو حنيفة: يحبسه القاضي.

وكذا لو أقام شاهدين مستورين لا يعرفهما القاضي بالعدالة.. فإنه يحبسه.

وقال أبو يوسف: لا يحبس بقول الواحد العدل.

ولو قال: شهودي خارج المصر، أو أقام شاهداً وادّعى أنّ له بنية خارج المصر وطلب من القاضي حبس القاذف.. فإنه لا يحبسه.

وقال في «الخانية»: وهذا إذا كان المكان الذي فيه الشاهد بعيداً من المصر بحيث لا يمكنه الإحضار في مدّة ثلاثة أيام، وأما إذا كان قريباً بحيث يمكنه الإقامة في مدة ثلاثة أيّام.. فإنه يحبسه.

(**فمن قذف محصناً أو محصنة بصريح الزنا**) بأن قال: يا زاني، أو يا ولد الزنا، أو زنيت.

وفي «الظهيرية» و«الخانية»: لو قذف رجلاً بالزنا فرفعه المقذوف إلى القاضي، فقال القاذف: عندي شهود عدول على ما قلت من الزنا، وأقامهم على ذلك.. فإنه لا يحدّ.

وهل يحدّ المقذوف؟

إن شهدوا بزنا متقادم.. فإنه لا يحدّ؛ كما لو شهدوا عليه بالزنا المتقادم قبل القذف.

وإن شهدوا بزنا غير متقادم.. يحدّ.

فعلم منه: أن وجوب الحدّ مقيّد بعجز القاذف عن إثبات ما قذفه من الزنا، قيده بالزنا؛ لأنه لو قذفه بغيره.. لا حدّ؛ كما لو قال: وطئك فلان وطئاً حراماً، أو جامعك حراماً.

وفي «فتح القدير»: قوله: «بصريح الزنا» يحترز به عن القذف بالكناية؛ كقوله: «صدقت» لمن قال: يا زاني لآخر.

بخلاف ما لو قال: «هو كما قلت».. فإنه يحدّ.

ولو قال: أشهد أنك زان، فقال الآخر: وأنا أشهد.. لا حدّ على الثاني؛ لأنه ليس بصريح؛ لأنه محتمل.

ولو قال: وأنا أشهد بمثل ما شهدت به.. حدّ؛ إذ لا احتمال فيه.

ويحد بقوله: زنى فرجك، وبقوله: زنيت، ثم قال بعدما قطع كلامه: وأنت مكرهة، بخلافه موصولاً.

وكذا إذا قال: ليست أمي بزانية أو أبي.. فإنه لا يحد؛ لأنه تعريض لا تصريح، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك - وهو رواية عن أحمد -: يحدّ بالتعريض؛ مستدلاً بما رواه الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كان عمر يضرب الحدّ في التعريض، وعن عليّ رضي الله عنه أنه كان جلد رجلاً بالتعريض.

قلنا: إن الشارع لم يعتبر التعريض؛ فإنه حرم صريح خطبة [٦٣٦/أ] المتوفّى عنها في العدّة، وأباح التعريض فيها حيث قال: ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ وقال: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمها في غير الحد.. لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحدّ المحتاط في درئه.

ثم لا فرق في ثبوت حد القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون القاذف ذكراً أو أنثى وكذا المقذوف، وبين أن يكون بالعربي والنبطي والفارسي... أو غير ذلك، فلا يحدّ لو قال لها: زنيت بحمار أو بعير أو ثور؛ لأن الزنا: إدخال رجل ذكره في فرج امرأة.

بخلاف ما لو قال لها: زنيت بناقة أو أتان أو دراهم؛ لأن معناه: زنيت وأخذت البدل؛ إذ لا تصلح هذه المذكورات للإدخال في فرجها.

ولو قيل هذا لرجل.. لا يحدّ؛ لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال.

ولو قال: يا حرام زاده.. لا يحدّ؛ لعدم الصراحة، بل يعزر.

وكذا لو قال: أشهدني فلان بأنك زان؛ لأنه حاكٍ لقذف غير، لا قاذف.

ولا يحدّ أيضاً بقوله: أنت أزنى من فلان، أو أزنى الناس، أو أزنى الزناة؛ لأن «أفعل» في مثله يستعمل للترجيح في العلم؛ فكأنه قال: أنت أعلم به.

وكذا لا يحدّ بقذف الرتقاء والمجبوب والأخرس ولو محصناً؛ لأن في الأولين: كذبه ظاهر بيقين، فلا يلحق الشين بالمقذوف، بل بالقاذف، وفي الأخرس: يحتمل أن يصدق فيما قذفه به لو نطق، وبه يندرىء الحد.

ولو قال لرجل: يا زانية بالتاء.. لا يحدّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً.

حُدَّ بِطَلَبِ الْمَقْذُوفِ ....

وقال محمد والشافعي: يحدّ؛ لأنه قذفه على المبالغة.

ولهما: أنه رماه بما يستحيل منه، فلا يحدّ؛ كما لو قذف مجبوباً، وكون «التاء» للمبالغة مجاز، فلا يصار إليه إلّا عند تعذر الحقيقة وهي التأنيث، ولا تعذر فيها، ولو سلّم أنها حقيقة فيها.. فالحد لا يجب بالشك.

ولو قال لامرأة: يا زاني.. حدّ عندهم جميعاً؛ لأن الترخيم شائع.

ولو قال لامرأة: يا روشي.. يحدّ حدّ القذف.

ولو قال: يا قحبة.. لا يحدّ، بل يعزر. كذا في «قاضي خان».

(.. حد) لأن المراد بالرّمي فيما تلوناه: هو الرمي بالزنا بالإجماع، وبإشارة النص المذكور؛ فإنه اشترط فيه أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به، ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا.

فإن قيل: لا خفاء في أن المراد بالرمي المذكور: هو الرمي بالزنا، ولكن تقييد الزنا بالصريح فيه خفاء؛ لأنه يحدّ بالرمي بنفي النسب - على ما [٦٣٦/ب] سيصرّح به - مع أنه ليس بصريح.

أجيب: بأن الرمي بصريح الزنا يوجب الحدّ بالإجماع عند وجود سائر الشروط، فهذه قضيّة صادقة، وأما أنّه إذا قذفه بنفي النسب لا يجب الحد.. فليس بلازم من هذا التقييد؛ لأن التقييد به لإخراج ما كان منه بطريق الكناية - مثل أن يقول: «صدقت» لمن قال: يا زاني، لا لإخراج ما ذكرتم ثَمَّ.

أقول: فيه بحث؛ لأن مفهوم التقييد حجّة في الروايات، فيلزمه أن لا يجب الحد في غير الصريح مطلقاً.

(**بطلب المقذوف**)؛ لأن فيه حقه من حيث دفع العار، فيشترط طلبه.

فإن قيل: قد تقرر أن الغالب فيه حقّ الله تعالى، وحق العبد مغلوب، فيكون مستهلكاً في مقابلة الغالب، فينبغي أن لا تشترط المطالبة.

مُتَفَرِّقاً، وَلَا يُنْزَعُ عَنهُ غيرُ الفروِ والحشوِ.

وإِحصانُهُ: كَونُهُ: مُكَلَّفاً، حُرًّاً...

أجيب عنه: بأن حقّ العبد مطلقاً غالباً أو مغلوباً يتوقف النظر فيه على الدعوى احتيالا للدّرء، ثم اشتراط مطالبة المقذوف إجماعي إذا كان المقذوف حياً، وإن كان ميتاً.. فيشترط مطالبة من يقع القدح في نسبه من الوالد والولد، على ما سيصّرح به.

(متفرقاً) لما مرّ في حد الزنا.

(ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو)؛ لأن سببه - وهو: النسبة إلى الزنا - كذباً غير مقطوع به؛ لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً فيما رماه، فلا يقام على الشدة، بخلاف حد الزنا حيث ينزع فيه ثيابه؛ لأن سببه معاين بالبينة أو الإقرار، وههنا بعد ثبوت القذف بأحدهما يتوقف إقامة الحدود على معنى آخر، وهو كذب القاذف، وهو غير متيقن به، إلا أن الفرو والحشو يمنعان وصول الألم إليه فينزعان.

(وإحصانه)؛ أي: إحصان حد القذف.

(كونه مكلّفاً)؛ أي: عاقلاً بالغاً؛ لأن العار - وهو العلة - لا يلحق الصبي والمجنون؛ لعدم تحقق فعل الزنا منهما.

(حرّاً)؛ لأن اسم الإحصان ينطلق عليه؛ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ والمراد بها: الحرائر على ما فسرّوه.

وعن داوود عدم اشتراط الحرية، وإن قاذف العبد.. يحد عنده.

وعن أحمد - رحمه الله - عدم اشتراط البلوغ، بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبيّا.

وفي «فتح القدير»: إنّ القاذف إذا أنكر الحرية ليحد حدّ الأرقاء.. فالقول قوله، ولا يحدّ حدّ الأحرار، إلا أن يقيم المقذوف بينة على أنه حرّ.

ولو كان القاضي يعلم حرّيته.. حدّه ثمانين، وهذا قضاء يعلمه فيما ليس سبباً للحد، فيجوز.

مُسلِماً، عفيفاً عَنِ الزِّنَا.

وَلَو نَفَاهُ عَن أَبِيهِ بِأَن قَالَ: لستَ لأَبِيكِ، أَو لستَ بِابْنِ فلَانٍ؛.........

(مسلماً) لقوله ﷺ: «من أشرك بالله.. فليس بمحصن»، وقال ابن مسعود رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ﴾؛ أي: أسلمن.

وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى - رحمه الله - [٦٣٧/أ] يحدّ بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم، والتعويل على قول الجمهور.

(عفيفاً عن الزنا)؛ لأن غير العفيف لا يلحقه العار، وكذا القاذف صادق فيه.

قال في «شرح الطحاوي» في العفة: لم يكن وطئ امرأة بالزنا، ولا بشبهة، ولا بنكاح فاسد في عمره؛ فإن كان فعل ذلك مرة بنكاح فاسد.. سقطت عدالته، ولا حدّ على قاذفه.

وكذا: لو وطئ في غير الملك، أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره.. سقطت عدالته.

ولو وطئها في الملك إلا أنه محرم؛ فإنه ينظر:

إن كانت الحرمة مؤقتة.. لا تسقط عدالته - كما لو وطئ امرأته في الحيض أو المجوسية - ولا يسقط إحصانه.

وإن كانت مؤبدة.. يسقط إحصانه؛ كما إذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة.

ولو مسّ امرأة بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم تزوج بنتها فدخل بها، أو أمّها.. لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، وعندهما: يسقط.

ولو وطئ امرأة بالنكاح، ثم تزوج بنتها ودخل بها.. سقط إحصانه. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: وإنما لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة؛ لأن كثيراً من الفقهاء يصحّحون نكاحها.

(ولو نفاه عن أبيه بأن قال: لست لأبيك، أو لست بابن فلان) والحال: أن فلاناً

إِن فِي غضبٍ.. حُدَّ، وإِلّا.. فَلَا.

معروف بأنه أبوه، كذا في «الهداية»؛ حيث قال لأبيه الذي يدعى له؛ **(إن في غضب.. حد، وإلا.. فلا)**.

والذي ظهر منه: أن المسألتين متحدتان في الحكم.

وإن قوله: «في غضب» فيه لكليهما، على خلاف ما في «الهداية»؛ فإن الظاهر من «الهداية»: أنهما متغايرتان في الحكم، وإن قوله: «في غضب» قيد للثانية لا للأولى؛ حيث قال: ومن نفى نسب غيره، فقال: لست لأبيك.. فإنه يحدّ، وهذا إذا كانت أمّه محصنة؛ أي: حرّة مسلمة مكلّفة عفيفة؛ لأنه في الحقيقة قذف لأمه؛ لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره.

ومن قال لغيره بغضب: لست بابن فلان لأبيه الذي يدعي له.. يحدّ.

ولو قال في غير الغضب.. لا يحدّ؛ لأن عند الغضب يراد به حقيقته سبّاً له، وفي غيره: يراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب المروءة انتهى.

ففي المسألة الأولى: قد نفاه عن أبيه من غير تعرّض للأب الّذي يدعي إليه، ولم يفصل فيها بين حالتي الغضب والرضاء في وجوب الحد، بل حكم بوجوبه مطلقاً، سواء كان في الغضب أو في الرضاء.

وفي المسألة الثانية: قد نفاه عن أبيه المعين الذي يدعى إليه.

وحكمها: التفصيل بين حالتي الغضب والرضاء؛ ففي حالة الغضب [٦٣٧/ب].. حدّ، لا في حالة الرضاء؛ لما ذكره من التعليل، والمصنف ترك قيد تعيين الأب في المسألتين، وحمل المسألة الأولى عن التفصيل المذكور في الثانية، وهكذا ذكره في «غاية البيان» أيضاً، ولكنه بعيد؛ لما ذكره الحاكم الشهيد في «الكافي»: أنه لو قال لرجل: يا ولد الزنا، أو يا ابن الزنا، أو لست لأبيك، وأمّه حرّة مسلمة.. فعليه الحدّ؛ إذ قد بلغنا عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: «لا حدّ إلّا في قذف محصنة، أو نفي رجل عن أبيه». انتهى.

فقد سوى بين الألفاظ الثلاثة ولم يذكر التفصيل المذكور في الثالث، بل مقتضى العطف على الأوّلين: عدم تأتي التفصيل المذكور فيه؛ لما ذكره في «فتح القدير»: أنه إذا قال: يا ولد الزنا، أو ابن الزنا.. لا يتأتى فيه تفصيل، بل يحد البتة، كيف وقد ذكر في «قاضي خان»: رجل قال لرجل:

لست لأبيك.. فعن أبي يوسف: أنه قذف، كان ذلك في غضب أو رضاء.

ولو قال: ليس هذا أباك لأبيه المعروف؛ فإن قال ذلك في حالة الرّضاء أو على وجه الاستفهام.. لا يكون قذفاً، وإن كان ذلك في غضب أو على وجه التعبير.. كان قذفاً. انتهى.

ثم قيل: إن الّلائق في كلّ من هاتين المسألتين: أن لا يجب الحدّ وإن كان قذفه في الغضب؛ لجواز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه، ولا تكون أمه زانية؛ بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد، فيجوز نفي نسبه من أبيه من غير أن تكون أمّه زانية.. فلا يلزمه الحدّ؛ لأن لزومه بناء على كونه قاذفاً لأمّه بالزنا، وإذا لم يكن قاذفاً.. لا يجب الحدّ.

وأجيب: بأن هذا وجه القياس، ووجوب الحدّ فيها بالاستحسان بأثر ابن مسعود رضي الله عنه الذي ذكرناه من الحاكم الشهيد.

وأجيب أيضاً عن المسألة الأولى: بأن المراد بقوله: «لست لأبيك» أنك لست لأبيك الذي ولدت من مائه، بل مقطوع النسب منه، ويلزمه بالضّرورة: أن أمه زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو من مائه، وهذا معنى قول صاحب «الهداية»: لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره، على ما ذكرناه آنفاً.

ورد بمنع الملازمة؛ لجواز كون أبيه زنى بأمّه نائمة أو مكرهة، فلا يثبت نسبه من أبيه، ولا يكون قاذفاً لأمّه، فالوجه في الجواب: هو الاستحسان.

وَلَا يُحَدُّ لَو نَفَاهُ عَن جدِّهِ، ....

ثم الفرق بين قوله: «لست بابن فلان» وبين قوله: «لست بابن فلان ولا بابن فلانة» حيث لا حد في القول [٦٣٨/أ] الثاني وإن قاله في الغضب مع إنّ القذف يزداد بهذا اللفّظ أن قوله: «ولا بابن فلانة» نفي عن أمّه، وإنما ينتفى عنها بانتفاء الولادة، فكان نفياً للولادة، ونفي الولادة نفي الوطء، ونفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك؛ لأنه نفي عن الولد، وولادة الولد ثابتة من أمّه، فصار كأنه قال له: أنت ولد الزنا.

(**ولا يحدّ لو نفاه عن جدّه**)؛ لأنه صادق في كلامه.

واعلم: أنّ قوله: «لست بابن فلان» لأبيه المعروف **له معنى مجازي**: وهو معنى نفي المشابهة، **ومعنى حقيقي**: وهو نفي كونه من مائه مع زنا الأمّ به ومع عدم زناها، بل بشبهة، فهي ثلاثة معان يمكن إرادة كلّ منها على الخصوص، إلا أنهم حكموا بتحكيم الغضب وعدمه، فمع الغضب: يراد المعنى الثاني.. فيحدّ، ومع عدمه: يراد المعنى الأوّل وهو المعنى المجازي.. فلا يحدّ على ما تقدّم بيانه.

وكذلك قوله: «لست بابن فلان» لجدّه له معنى مجازّي: وهو نفي مشابهته لجدّه، ومعنيان حقيقيّان: أحدهما: نفي كونه مخلوقاً من مائه، والآخر: نفي كونه أباً أعلى له.

وهذا المعنى يصدق بصورتين: نفي كون أبيه خلق من مائه، بل زنت جدّته به، أو جاءت به بشبهة، وكلّ من هذه المعاني يصح إرادة كلّ منها.

وحالة الغضب كما عيّن المعنى الثاني في المسألة الأولى فلزمه الحدّ.. كذلك يعين في هذه المسألة المعنى الثالث الذي: «هو نفي كون أبيه خلق من مائه، بل زنت جدّته به»، فيلزم الحد أيضاً؛ لكونه قاذفاً؛ لأن هذا المعنى هو المناسب لحالة الغضب، فكيف يصح حكمهم بعدم الحد مطلقاً في هذه المسألة؟!

أَو نسبَهُ إِلَيْهِ، أَو إِلَى عَمِّهِ، أَو خَالِهِ، أَو رابِّهِ، أَو قَالَ: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ، أَو قَالَ لعربيّ: يَا نِبطِيُّ، أَو لستَ بعربيٍّ.

وَيُحدُّ بِقَذْفِ الْمَيِّتِ الْمُحصنِ إِن طَالبَ بِهِ الْوَالِدُ، أَو وَلَدُهُ ....

وهذا مما لا مخلص له، إلا أن يقال: إن في هذه المسألة إجماعاً على عدم الحدّ بلا تفصيل؛ كما أن في المسألة الأولى إجماعاً على ثبوته بالتفصيل كذا في «فتح القدير».

(**أو نسبه إليه**)؛ أي: إلى جدّه لأنه قد ينسب إليه مجازاً.

(**أو إلى عمّه أو خاله أو رابّه**) - بتشديد الباء -: من التربية، وهو زوج أمه؛ لأن كلّ واحد من هؤلاء قد يسمّى أباً وينسب إليه الولد، وقد يراد من الثالث معنى التربية أيضاً.

(**أو قال: يا ابن ماء السّماء، أو قال لعربي يا نبطي، أو لست بعربّي**)؛ لأنه قد يراد بالأول: التشبيه في الجود والسماحة والصفاء؛ لأن ماء السّماء لقب به لصفائه وسخائه، وبالثاني والثالث: يراد التشبيه في الأخلاق.

وفي «المغرب»: النبط: جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق، الواحد نبطيّ، وعن ثعلب عن ابن الإعرابي: رجل نباطي بزيادة [٦٣٨/ب] الألف، ولا تقل نبطيّ.

(**ويحدّ بقذف الميّت المحصن**)؛ يعني: لو قال: يا ابن الزّانية، وأمّه ميّتة.. يحدُّ (**إن طالب به الوالد**)؛ أي: ولد الميتة وإن علا، وكذا الوالدة، لما في «شرح الطحاوي».

ولو قذف ميّتاً.. وجب الحد على القاذف، وللوالدين والمولودين أن يخاصموا.

(**أو ولده**) وإن سفل، وما ذكرناه من أن حق المطالبة يثبت للوالد وإن علا، وللولد وإن سفل نقله صاحب «النهاية» عن الفقيه أبي الليث، وعلّلوه: بأنّ العار يلتحق بكلّ واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية، فيكون القذف متناولاً له.

وَلَو محروماً عَنِ الْإِرْثِ.

ونوقض بما إذا كان المقذوف حيّاً غائباً.. فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحدّه والولد إذ ذاك، فتخلف الحكم عن الدليل.

وأجيب: بأن الأصل في الباب هو المقذوف لا محالة، وغيره بمن كان بينه وبينه جزئية - من الوالد والولد - يقوم مقامه، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس عن الأصل، واليأس إنما يقع بموت المقذوف لا بغيبته، فلا يقوم غيره مقامه قبل موته.

قال في «قاضي خان»: رجل قذف ميتاً.. فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف بحدّه، وولد الابن وولد البنت فيه سواء في ظاهر الرواية.

ولا يأخذ بذلك أخ، ولا عمّ، ولا جدّ أب الأم، ولا أمّ الأم، ولا مولاه.

وقال محمد: لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف بحدّه.

ويجوز للأبعد من الولد أن يطالبه بالحدّ مع بقاء الأقرب، فيكون لابن الابن أن يطالبه بالحدّ وإن كان الابن حيّاً عندنا.

وقال زفر: ليس للأبعد حق الطلب مع وجود الأقرب، وليس لوصي الميت أن يطالبه، ولو كان الوالد أو الولد عبداً أو كافراً أو ذمياً أو قاتلاً للمقذوف.. له أن يطالب القاذف بالحدّ إذا كان المقذوف حرّاً مسلماً. انتهى.

(ولو) - وصلية - (محروماً عن الإرث)؛ لأن العار إنما يلحقهم بسبب الجزئية لا بسبب الإرث.

وقال الشافعي: ولا يثبت حقّ المطالبة بالقاذف إلّا للوارث، حتّى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنيه المطالبة به؛ بناء على أن الغالب في القذف حق العبد عنده فيورث.

وعندنا: حق اليد غالب، وتنوب الخصومة للعبد باعتبار ما لحقه من الشان والعار؛ كحد السرقة؛ فإنه حق الله تعالى، ولصاحب المال الخصومة باعتبار المال.

وَكَذَا ولدُ الْبِنْتِ، خلافاً لِمُحَمَّدٍ.

وَلَا يُطَالِبُ ولدٌ أَبَاهُ، وَلَا عبدٌ سَيِّدَهُ بِقَذْفِ أمِّهِ.

ثم عن الشافعي فيمن يرثه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يرثه جميع الورثة.

والثاني: يرثه غير الوارث بالزوجية.

والثالث: يرثه ذكور العصبات لا غيرهم.

(**وكذا ولد البنت**)؛ [٦٣٩/أ] أي: في ظاهر الرّواية عنهم على ما ذكرناه عن «قاضي خان».

(**خلافا لمحمّد**)؛ أي: في غير ظاهر الرّواية، ووجهه: أنّ ولد البنت منسوب إلى أبيه لا إلى أمّه، فلا يلحقه العار بزنا أب أمّه.

قلنا: النسب يثبت من الطرفين، فيلحقه العار بهذا القذف.

(**ولا يطالب ولد أباه**) أو جدّه وإن علا، (**ولا عبد سيّده بقذف أمه**)؛ أي: أمّه الحرّة المسلمة، وكذا لا تطالب أمّه وجدته وإن علت بقذف نفسه؛ لأن الأب والأمّ وإن علا.. لا يعاقب بسبب الولد، ولا السيد بسبب عبده، حتّى سقط القصاص بقتلهما بقوله ﷺ: «لا يقاد الوالد بولده، ولا السيّد بعبده»؛ فلمّا لم يجب القصاص، والمغلب فيه حق العبد، وسببه متيقن به وهو القتل عمداً.. فلأن لا يجب حدّ القذف والمغلب فيه حق الله تعالى، وسببه وهو القذف: غير متيقن به؛ لجواز أن يكون صادقاً فيما رماه به.. أولى.

ولو كان لزوجته التي ماتت، وقال لولدها بعد موتها: يا ابن الزانية ولد آخر من غيره.. كان لذلك الولد حقّ المطالبة بالإجماع؛ لأن لكلّ من ولدي تلك المرأة حقّ الخصومة، إلّا أنه ظهر في أحدهما مانع - أعني: الأبوة - ولم يظهر في حقّ الآخر.. فيعمل المقتضي عمله في الآخر؛ إذ لا مانع من عمله.

وَيبْطلُ بِمَوْتِ الْمَقْذُوفِ ....

ولو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى أحدهم.. كان للآخر المطالبة به؛ لقيام المقتضي وانتفاء المانع في حق الآخر، بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص؛ فإنه يمنع استيفاء الآخر؛ لأن القصاص حقّ واحد للميت موروث للوارثين؛ فبإسقاط أحدهما بالعفو.. لا يتصور بقاؤه؛ لأن القتل الواحد لا يتصور تجزؤه.

أما ههنا.. فالحق في الحد لله تعالى، ولكل واحد ولاية المطالبة به، فلا يبطل بإسقاط أحدهما.

(ويبطل) الحدّ **(بموت المقذوف)**.

وقال الشافعي: لا يبطل.

ولو مات بعدما أقيم بعض الحدّ.. بطل الباقي عندنا، خلافاً للشافعي؛ بناء على أنه يورث عنده فيرث الوارث الباقي.. فتقام له.

وعندنا: لا يورث.

ولا خلاف بيننا وبينه أنّ فيه حق الشرع وحق العبد؛ فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف، وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص، فهذا يدل على أنه حقّ العبد.

ثم علم أنه شرع زاجراً، ولهذا سمّي حدّاً، والمقصود من شرع الزواجر كلّها: إخلاء العالم عن الفساد، وهذا يدل على أنه حق الشرع؛ إذ لم يختصّ بهذا إنسان دون غيره وبكل من الحقين شواهد من الأحكام:

فمن حيث إنه حق العبد.. شرطت الدعوى في إقامته، ولم تبطل [٦٣٩/ب] الشهادة عليه بالتّقادم، ويجب على المستأمن، ويقيمه القاضي بعلمه إذا علمه في أيّام قضائه، وكذا لو قذفه بحضرة القاضي.. حدّه، وإن علمه القاضي قبل أن يستقضى، ثم وُلّي القضاء.. ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده.

ويقدم استيفاؤه على حدّ الزنا والسّرقة والشرب إذا اجتمعن.

لَا بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ.
وَلَا يَصِحُّ الْعَفوُ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنهُ.

ولا يصحّ الرّجوع عنه بعد الإقرار به.

ومن حيث إنه حق الله تعالى.. لا يباح القذف بإباحته، ويستوفيه الإمام دون المقذوف - بخلاف القصاص - ولا ينقلب مالاً عند سقوطه، ولا يحلف فيه القاذف، وينتصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقّاً لله تعالى، ولا يؤخذ منه كفيل إلى أن يثبت، ولا يورث، ولا يصح فيه العفو، ولا يجوز الاعتياض عنه، ويجري فيه التداخل، ويشترط فيه إحصانه، وإذا تعارض فيه الحقان.. كان المغلب فيه حق الله تعالى عندنا.

وعند الشافعي: حق العبد لحاجته، وغنى الشرع.

ونحن صرنا إلى ترجيح حق الشرع؛ لأن ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه، فيصير حق العبد مرعيّا بتعليب حق الشرع، لا مهدراً، ولا كذلك عكسه؛ لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلّا بجعله ثابتاً من الشرع في الاستيفاء، وذلك لا يجوز إلّا بدليل ينصبه الشرع على إنابة العبد في الاستيفاء، ولم يثبت ذلك، بل الثابت: استنابة الإمام حتى كان هو الّذي يستوفيه كسائر الحدود التي هي حقه تعالى.

ومن هنا قال الشافعي: إن حد القذف يورث.

وقلنا: لا يورث؛ إذ الإرث إنما يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى.

(لا بالرجوع عن الإقرار)؛ لأن للمقذوف فيه حقّاً، فيكذبه في رجوعه، فلا يقبل رجوعه، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى؛ إذ لا مكذب له فيه.

(ولا يصح العفو)؛ أي: عفو المقذوف (ولا الاعتياض)؛ أي: أخذ العوض (عنه)؛ أي: عن حد القذف، وهذا عندنا.

وَلَو قَالَ: زَنَأْتِ فِي الْجَبَلِ، وعنى بِهِ الصعُودَ.. حُدَّ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَإِن قَالَ يَا زاني وَعكسَ حُدَّا.

وَلَو قَالَ لَهُ: لامْرَأَتِهِ وعَكَسَت.. حُدَّتْ، وَلَا لِعانَ.

وقال الشافعي: يجوز العفو والاعتياض عنه؛ بناء على ما مر: «من أن حق العبد غالب فيه عنده، وحق الله تعالى غالب عندنا».

(**ولو قال: زنأت في الجبل، وعنى به الصعود.. حدّ، خلافاً لمحمد**)؛ لأن المهموز منها حقيقة في الصعود، وذكر الجبل يقرره.

ولهما: إنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً، وحالة الغضب والسّباب تعين الفاحشة مراداً؛ بمنزلة ما قال: «زنأت»، وذكر الجبل إنما يعيّن الصّعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة «على»؛ إذ هو المستعمل فيه.

وكذا لو قال: [٦٤٠/أ] زنأت على الجبل؛ قيل: لا يحد، وقيل: يحدّ أيضاً لما ذكرناه.

(**وإن قال**) لآخر: (**يا زاني، وعكس**) الآخر عليه بأن قال: لا، بل أنت (**.. حدّا**)؛ لأن معناه: «بل أنت زان»، بقرنية العطف، فصارا بذلك قاذفان، فيحدّان إذا طالب كلّ منهما الآخر، وأثبت كلّ منهما ما طلب به عند القاضي؛ لأنه بعد الإثبات عند القاضي لا يتمكن كلّ منهما العفو؛ لكونه حقّ الله تعالى.. فيحدّان بالضرورة.

بخلاف ما لو قال له مثلاً: يا خبيث، فقال: أنت، تكافأا، ولا يعزر كلّ منهما للآخر؛ لأن التعزير حقّ الآدمي، وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر عليه.. فتساقطا.

(**ولو قال لامرأته**)؛ أي: يا زانية (**وعكست**) امرأته بأن قالت: لا بل أنت (**.. حدّت**) المرأة (**ولا لعان**)؛ لأنهما قاذفان، وقذفه يوجب اللعان، وقذفها يوجب الحدّ، وفي البداية بالحدّ إبطال اللّعان؛ لأن المحدود في القذف ليس بأهل له، ولا

وَلَو قَالَت: زَنَيْتُ بكَ.. بَطلُ الْحَدُّ أَيْضاً.

إبطال في عكسه أصلاً، فيجب حدّ القذف على المرأة ابتداء؛ احتيالاً لدرء اللعان؛ لأنه في معنى الحدّ.

والأصل ههنا: أنّ الحدين إذا اجتمعا، وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر.. وجب تقديمه؛ احتيالاً للدرء، واللّعان قائم مقام الحد فهو في معناه، وبتقديم حدّ المرأة.. يبطل اللّعان؛ لأنها تصير محدودة في قذف، واللعان لا يجري بين المحدودة في قذف وبين زوجها؛ لأنها شهادة، ولا شهادة للمحدود في قذف، وبتقديم اللعان.. لا يسقط حد القذف عنها؛ لأن حدّ القذف يجري على الملاعنة، ولهذا: لو قال لها: يا زانية بنت الزانية، فخاصمته الأم، فحدّ.. سقط اللعان؛ لأنه شهادة.

ولو خاصمته المرأة أوّلاً.. لاعن القاضي بينهما؛ فإذا خاصمته الأم بعده.. حدّ للقذف، فقدم الحدّ درءاً للعان الذي هو في معناه.

(**ولو قالت: زنيت بك**)؛ أي: في جواب قوله لها: «يا زانية» (.. **بطل الحدّ أيضاً**)؛ أي: كاللعان؛ لوقوع الشك في كلّ من الحد واللعان؛ لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح، فيجب حدّ الزنا عليها؛ لتصديقها إياه في نسبتها إلى الزنا، وانعدام التصديق من الزوج.

ويحتمل: أنها أرادت زناي هو الذي كان معك بعد النكاح؛ لأني مكنت أحداً غيرك، وهذا هو المراد في مثل هذه الحالة؛ لأنه كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى مجاز المشاكلة وقت فرط غيظها إياه بإطلاق تلك الكلمة؛ مثل: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾؛ فإن فعلها مع الزوج بعد النكاح ليس زنا؛ كما أن الجزاء ليس سيئة [٦٤٠/ب]، ولكن أطلق عليه اسم للمشاكلة حين ذكر معه.

وعلى هذا الاحتمال.. لا حدّ عليها؛ لأنها لم تقذفه، ويجب اللّعان؛ لأنه قذف زوجته.

وَإِن أقرَّ بِولدٍ ثمَّ نَفَاهُ.. يُلَاعِنُ.

وَإِن عكَسَ.. حُدَّ وَالْولدُ لَهُ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَلَا شَيْءَ إِن قَالَ: لَيْسَ بَابني وَلَا بابْنكِ.

وَلَا حدَّ بِقَذْفِ امْرَأَةٍ لَهَا ولدٌ لَا يُعلَم لَهُ أَبٌ، ....

فعلى تقدير: يجب الحدّ دون اللّعان، وعلى تقدير: يجب اللّعان دون الحدّ، والحكم بتعيين أحد التقديرين بعينه متعذر، فوقع الشك في كلّ من وجوب الحد واللّعان.. فلا يجب واحد منهما بالشكّ.

(**وإن أقرّ بولد، ثم نفاه.. يلاعن**)؛ لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفاً لزوجته فيلاعن.

(**وإن عكس**)؛ أي: إن نفاه، ثم أقر (.. **حدّ**)؛ لأنه لما أكذب نفسه بالإقرار بعد النفي.. بطل اللعان؛ لأنه حدّ ضروري صير إليه ضرورة التكاذب بينهما، والأصل فيه: حدّ القذف؛ فإذا بطل التكاذب.. يصار إلى الأصل، فيحدّ الرجل.

(**والولد له في الوجهين**)؛ لأنه أقر به أولاً في الأول وثانياً في عكسه.

فإن قيل: إن سبب اللعان ههنا هو نفي الولد لا غير؛ فإذا لم ينتف الولد.. كيف يجب اللعان ههنا، مع أن انتفاء السّبب يستلزم انتفاء المسبب؟!

أجيب: بأنه ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب، ألا ترى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة.. فإنه يلاعن، ولا يقطع النسب، فيصح اللعان به بلا قطع النسب؛ كما يصح بلا ولد أصلاً؛ بأن قذفها بالزنا ولا ولد.. فإنه يلاعن، ولا ولد هناك يقطع نسبه؟!

(**ولا شيء**) من الحد واللّعان (**إن قال: ليس بابني، ولا ابنك**)؛ لأنه أنكر الولادة أصلاً، فيكون إنكاراً للزنا، بل هو إنكار الوطء، فلا يجب بمثله حدّ ولا لعان، ولهذا لو قال لأجنبي: لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه.. لا يجب عليه شيء.

(**ولا حدّ بقذف امرأة لها ولد لا يعلم له أب**)؛ لأن الموجب للحدّ قذف

أَو لاعنت بِولدٍ، ....

المحصنة، والعفة عن الزنا شرط من شرائط الإحصان، وتمكنت الشبهة في عفّتها عن الزنا؛ لأن الولد الذي ليس له أب معروف.. يعرف من الزنا ظاهراً، فقد تمكن في إحصانها شبهة العدم، والحد يسقط بشبهة، ولا فرق بين أن يكون الولد حياً أو ميتاً وقت القذف؛ لأن هذه الشبهة لا تزول بموت الولد، بل تتفرد كما كان، ولا تخرج هي من أن تكون والدة له بموته.

والمراد بعدم معرفة أب الولد: عدم معرفته في بلد القذف لا في كل البلاد، على ما صرّح به في «البحر».

ويؤيده: ما نقل عن «الجامع الصغير»: امرأة تقدم في بعض البلاد ومعها أولاد لا يعرف لهم أب، فقال لها رجل: يا زانية.. لا يحدّ. [٦٤١/أ]

(أو لاعنت بولد)؛ أي: ولا حدّ بقذف امرأة تلاعنت بسبب نفي الولد؛ لأن سبب الحدّ: النّفي عن الملاعن بقضاء القاضي بقطع نسب الولد، فتحقق في جانبها علامة الزّنا، وهو قيام ولد لا أب له ظاهراً، ولا فرق أيضاً بين أن يكون الولد حيّاً أو ميّتاً؛ لعدم زوال هذه الشبهة بموته، ولكنه لا بدّ أن يقطع القاضي نسب الولد منه في عدم وجوب الحد على قاذفها، حتى لو لاعنت بولد ولم يقطع القاضي النسب.. وجب الحد على قاذفها. على ما في «البحر».

ولو قذف رجل هذا الولد بعد قطع القاضي نسبه منه.. يحدّ.

وكذا لو قذف ولد الزنا.. فإنه يحدّ، على ما في «فتح القدير».

ولا بد أن يكون اللّعان باقياً على ما أشار إليه بقوله: «لاعنت»، حتى لو بطل اللّعان بإكذاب الزوج نفسه وادّعى الولد بعد اللّعان؛ فحدّ أو لم يحدّ حتّى مات، فثبت نسب الولد منه، فقذفها بعد ذلك رجل آخر أو الزوج قبل موته.. حدّ القاذف؛ لزوال التهمة والإكذاب وثبوت النسب منه.

بِخِلَافِ منَ لاعنت بِغَيْرِهِ.

وَلَا بِقَذْفِ رجلٍ وَطِئَ حَرَاماً لعَينِهِ كوطءٍ فِي غيرِ ملكِهِ مِن كلِّ وَجهٍ، أَو من وَجهٍ كوطءِ أمةٍ مُشْتَرَكَةٍ أَو مَمْلُوكَةٍ حُرِّمَتْ أبداً؛ كأمتِهِ الَّتِي هِيَ أُخْتُهُ رضَاعاً.

وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادّعى الولد وأكذب نفسه وهو ينكر.. يثبت النسب منه، ويحد قاذفها بعد ذلك؛ لأنها خرجت عن صورة الزواني.

ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه.. حدّ؛ لأن الثّابت بالبيّنة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة الوجه.

(**بخلاف من لاعنت بغيره**)؛ أي: بغير نفي الولد.. فإنه يحدّ قاذفها؛ لعدم أمارة الزنا حينئذ؛ لأن اللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج، فكان مؤكّداً لعفتها.

فإن قيل: إن اللعان في جانبها قائم مقام الزنا على ما مر، فكانت كالمحدودة بحدّ الزنا، فلا يحدّ قاذفها.

أجيب: بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة على الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فهي محصنة بالنسبة إلى غيره، ألا ترى أن اللعان في حق الزوج قائم مقام حد القذف بالنسبة إلى زوجته، لا بالنسبة إلى غير زوجته، حتى قلنا: إن شهادته مقبولة، ولو كان محدوداً في حق الكلّ.. لما قبلت شهادته.

(**ولا بقذف رجل وطئ حراماً لعينه كوطء في غير ملكه من كل وجه**) كوطء الأجنبية.

(**أو من وجه كوطء أمة مشتركة**) بينه وبين غيره.

(**أو مملوكة حرمت**) عليه (**أبداً؛ كأمته التي هي أخته رضاعاً**) فهذه الثلاثة حرام لعينه، والقاذف لا يحدّ فيها؛ لفوات شرط الإحصان وهي العقد، ولأن القاذف صادق فيما رماه؛ لأن الزنا هو الوطء الحرام [٦٤١/ب] لعينه، وقد وجد ذلك منه.

وَلَا بِقَذْفِ مُسلمٍ زنى فِي كُفرِهِ، أَو مكَاتَبٍ وَإِن مَاتَ عَن وَفَاءٍ.

وقال الكرخي ومالك والشافعي: وطء الأمة التي هي أخته رضاعاً.. لا يسقط إحصانه؛ كامرأته الحائض؛ لقيام ملكه فيها.

قلنا: لمّا ثبتت الحرمة المؤبّدة.. انتفى الحلّ؛ للتنافي بينهما، وقيام الملك لا يوجب الحكم إلّا في محلّ قابل له، والمحلّ ليس بقابل للحلّ ضرورة ثبوت الحرمة المؤبّدة.

وشرط أبو حنيفة في ثبوت حدّ القذف للواطىء في الحرمة المؤبدة: كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع؛ كموطوءة الأب بالزنا، أو بملك النكاح، أو ملك اليمين؛ فإذا اشتراها أو نكحها ابنه فوطئها.. لا يحدّ قاذفه.

وكذا لو زنى بامرأة، ثم اشترى أمهّا أو بنتها أو تزوّجها فوطئها.. فإنه حرام لعينه بالإجماع أو بالحديث المشهور؛ كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود.. فإنها ثابتة بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود» وهو حديث مشهور.

وكحرمة وطء أمته التي هي أخته أو خالته أو عمته من الرضاع؛ لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع: ما يحرم من النسب»؛ فإنه مشهور.

ومن الحرام لعينه: وطء جارية ابنه، والمنكوحة نكاحاً فاسداً، والأمة المستحقة، والمكره والمكرهة على الزنا؛ فإن الإكراه لا يخرج الفعل من أن يكون زنا، وإنما يسقط الإثم.

(**ولا بقذف مسلم زنى في كفره**)؛ لتحقق الزنا من الكافر شرعاً؛ ذميّاً أو حربياً، وإن كان الإثم قد ارتفع بإسلامه؛ لانعدام الملك.. فهل يأثم الكافر بالزنا؟

قلنا: نعم؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان، ولأن الكفار مخاطبون بالمعاقبات.

(**أو مكاتب**)؛ أي: لا حدّ بقذف مكاتب (**وإن**) - وصلية - كان (**مات عن وفاء**) لتمكن الشبهة في حرّيته؛ لأن الصحابة اختلفوا في موته حراً أو عبداً.. فأورث شبهة، والإحصان لم يكن ثابتاً بالشبهة.

وَيحدُّ بِقَذْفِ مَن وَطِئَ حَرَاماً لغيرِهِ؛ كمن وَطِئَ أَمَتَهُ الْمَجُوسِيَّةَ، أَوِ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، وَكَذَا وطءُ مُكَاتبَتِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَيُحدُّ مَن قذفَ مُسلماً كَانَ قد نكحَ مَحرَمَهُ فِي كُفرِهِ، خلافاً لَهما.

وَيُحدُّ مستأمنٌ قذفَ مُسلماً فِي دَارِنَا.

(ويحد) من قذف (بقذف من وطئ حراماً لغيره؛ كوطء أمته المجوسية)، أو أمته المزوجة، أو في عدة الغير.

وكذا إذا اشترى أمة شراء فاسداً، أو كانت في ملكه أمتان أختان فوطئهما أو إحداهما؛ فإن وطأها حرام لغيره.

(أو امرأته وهي حائض)، أو امرأته التي ظاهر منها، أو أحرمت، أو كانت صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها.

(وكذا وطء مكاتبته)؛ لأن حرمتها لما كانت لمعنى يحتمل زواله - لأن المجوسية والحيض والكتابة وغيرها مما ذكرناه يحتمل الزّوال - فلم يكن وطؤها زنا؛ لأن الزنا: هو الوطء الحرام لعينه لا يحتمل الزوال.

(خلافا لأبي يوسف)؛ فإنه قال وطء مكاتبته يسقط الإحصان؛ لزوال ملكه في حقّ الوطء، ولهذا يلزمه العقر بالوطء.

قلنا: ملك الذات باق، والحرمة لغيره.. فلا يكون زنا.

(ويحدّ من قذف مسلماً كان [٦٤٢/أ] قد نكح محرمه في كفره) هذا عند أبي حنيفة، (خلافا لهما)؛ بناء على أنّ تزوج الكتابي محارمه له حكم الصحة عنده، خلافاً لهما على ما مرّ في باب النكّاح.

(ويحدّ مستأمن قذف مسلماً في دارنا)؛ لأن فيه حقّ العبد، وقد التزم بقاء حقوق العباد، وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً: إنه لا يحدّ؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود، ثم رجع إلى وجوب الحدّ؛ لما ذكرناه.

وَيَكْفِي حدٌّ لجناياتٍ اتَّحدَ جِنْسُهَا، ....

(ويكفي حدّ لجناياتٍ اتحد جنسها)؛ كمن زنى غير مرة، أو قذف غير مرّة، أو شرب غير مرّة فحدّ مرّة.. يكفي لذلك كله؛ لأن التّداخل أنسب في العقوبات؛ لحصول المقصود بمرّة.

ثم لا فرق في هذا: بين أن يكون قذف واحداً غير مرّة، أو قذف جماعة بكلمة واحدة؛ كقوله: أنتم زناة، أو بكلمات كأن يقول: يا فلان أنت زان وفلان زان، حتّى إذا حضر واحد منهم فادّعى وحدّ لذلك، ثم حضر آخر فادّعى أنه قذفه.. لا يحدّ إذا كان بقذف قبل أن يحدّ؛ لأن حضور بعضهم للخصومة كحضور كلّهم.. فلا يحدّ ثانياً إلّا بقذف آخر مستأنف.

وحكي أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخص: «يا ابن الزانيين» فحدّه حدّين في المسجد، فبلغ أبا حنيفة، فقال: يا للعجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسألة واحدة في خمسة مواضع:

الأوّل: أخذه بدون طلب المقذوف.

والثّاني: أنه لو خاصم.. وجب حدّ واحد.

والثالث: أنه إن كان الواجب عنده حدّين.. ينبغي أن يتربّص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف ألم الضرب الأوّل.

والرابع: ضربه في المسجد.

والخامس: ينبغي أن يتعرف أن والدية في الأحياء أو لا؛ فإن كانا خصمين.. لهما، وإلّا.. فالخصومة للابن.

ومن فروع التداخل: أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً، ثم قذف آخر.. لا يضرب إلّا بذلك السّوط الواحد للتداخل؛ لأنه اجتمع الحدّان؛ لأن كمال الحد الأوّل بالسوط الّذي بقي.

وإذا قذف عبد فأعتق، ثم قذف آخر، فأخذه الأوّل فضرب أربعين، ثم أخذه

لَا إِنِ اخْتلفَ.

الثاني؛ قالوا: يتم له ثمانين؛ لأن الأربعين وقع لهما، فيبقى للباقي أربعين.

ولو قذف الآخر قبل أن يأتي به.. فالثمانون يكون لهما جميعاً، ولا يضرب ثمانين مستأنفاً كما في «البحر».

ثم قال نقلاً عن «المحيط»: رجل شرب الخمر فضرب بعد الحدّ، ثم هرب، ثم شرب ثانياً.. ضرب حدّاً مستقلاً، وكذا لو ضرب الزاني بعض الحد، ثم هرب وزنى بأخرى.

ولو ضرب القاذف بعض الحدّ فهرب، ثم قذف آخر، ثم قدم إلى القاضي.. ينظر، إن حضر المقذوف [٦٤٢/ب] الأول والثاني جميعاً.. يكمل الأول ويسقط الثاني؛ لأنه يتداخل، وإن حضر الثاني دون الأوّل.. يضرب جلداً مستقلاً للثاني ويبطل الأوّل؛ لأنه أمكن إقامة الحد للثاني لوجود دعواه، ولا يمكن إقامته للأوّل؛ لعدم دعواه. انتهى.

فظهر منه: أنّ ما تقدّم من قولهم: «لا يضرب إلا بذلك السوط الواحد».. محمول على ما إذا حضر المقذوفان جميعاً.

(**لا إن اختلف**) كمن زنى وقذف أو شرب؛ لأن المقصود من كلّ جنس غير المقصود من الآخر؛ **لأن حدّ الزنا** لصيانة الأنساب، **وحدّ السرقة** لصيانة الأموال، **وحدّ الشرب** لصيانة العقول، **وحدّ القذف** لصيانة الأعراض.. فلا تتداخل، بل يقام عليه الكل، لكنه لا يوالى بينها؛ خيفة الهلاك، بل ينظر حتّى يبرأ من الأول.

فمن اجتمع فيه حدّ القذف والزنا والشرب والسرقة.. يبدأ بحدّ القذف أولاً؛ لأن فيه حقّ العبد، ثم الإمام بالخيار، إن شاء بدأ بحد الزّنا، وإن شاء بالقطع لاستوائهما في القوة؛ لأنهما ثابتان بالكتاب، ويؤخر حدّ الشرب؛ لأنه أضعف منهما، ولو كان مع هذا جراحة يوجب القصاص.. بدأ بالقصاص؛ لأنه حق العبد، ثم حد القذف، ثم الأقوى فالأقوى.

* * *

(فصلٌ فِي التَّعْزِيرِ)

(فَصْلٌ في التَّعْزير)

لمّا فرغ من بيان الحدود المقدّرة بالنصوص القاطعة.. أتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار.

قال في «المصباح» و«المغرب»: **التعزير**: التأديب دون الحد، وهذا معناه الشرعي، وأما ما في «ضياء الحلوم» من أنه ضرب دون الحد: فتأديب.. فهو معناه اللغوي؛ لأنه في الشرع لا يختص بالضرب، بل قد يكون بالضرب، وقد يكون بالحبس، وقد يكون بالصفع: وهو أن يبسط الرجل كفّه فيضرب بها قفاء الإنسان أو بدنه - على ما في «المصباح» - وقد يكون بتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس، وقد يكون بالإعلام.

وفي «الزيلعي»: وليس في التعزير شيء مقدّر، وإنما هو مفوّض إلى رأي الإمام على ما تقتضيه جنايتهم؛ فإن العقوبة تختلف باختلاف الجناية.

وهكذا ذكره الإمام السرخسي وقال: إنه مفوّض إلى رأي القاضي؛ لأن المقصود منه الزجر، وأحوال النّاس فيه مختلفة.

وذكر في «الشافعي» و«النهاية»: التعزير على مراتب:

تعزير أشراف الأشراف - وهم العلماء والعلوية - بالإعلام، وهو أن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا، فينزجر به.

وتعزير الأشراف - وهم الأمراء والدهاقين -: بالإعلام والجّر [٦٤٣/أ] إلى باب القاضي والخصومة في ذلك.

وتعزير الأوساط - وهم السوقيّة -: بالإعلام والجرّ والحبس.

وتعزير الأخسة: بهذا كلّه وبالضرب. انتهى.

وهل يجوز التعزير بالقتل؟

ففي «الزيلعي»: وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلاً مع امراة.. يحلّ له قتله؟

قال: إن كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح.. لا، وإن علم أنّه لا ينزجر إلّا بالقتل.. حلّ له القتل، وإن طاوعته المرأة.. حلّ له قتلها أيضاً.

وفي «المنية»: رأى رجلاً مع امرأة فيزني بها أو مع محرمة وهما مطاوعتان.. قتل الرّجل والمرأة جميعاً. انتهى.

فقد أفاد الفرق بين الأجنبية والزوجة والمحرم.. ففي الأجنبية: لا يحلّ القتل إلا بالشرط المذكور، وهل يجوز بأخذ المال؟!

لم يذكره محمّد.

وقد قيل: روي عن أبي يوسف: إنّ التعزير من السلّطان بأخذ المال جائز على ما في «الظهيرية».

وفي «الخلاصة»: سمعت عن ثقة: أن التعزير بأخذ المال جائز إن رأى القاضي أو الوالي ذلك.

ففي جملة ذلك: رجل لا يحضر الجماعة.. يجوز تعزيره بأخذ المال. انتهى.

وفي «البزازية»: إنّ معنى التعزير بأخذ المال على القول به: إمساك شيء من ماله عنه مدّة لينزجر، ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوّهمه الظلمة؛ إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعيّ.

وفي «شرح الآثار»: التعزيز بالمال كان في ابتداء الإسلام، ثم نسخ.

وفي «البحر»: إن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، وأما التعزير بالشتم.. فمشروع، ولكنه بعد أن لا يكون قاذفاً، ثم قال فيه: لكلّ مسلم إقامة التعزير حال مباشرة المعصية، وأما بعد الفراغ منها.. فليس ذلك لغير الحاكم.

واعلم: أنّ التعزير حق العبد كسائر حقوقه، يجوز فيه: الإبراء، والعفو، والشهادة

يُعَزَّرُ مَن قذفَ مَمْلُوكاً، أَو كَافِراً بالزِّنا، أَو مُسلماً.

بـ: «يا فَاسِقُ، يَا كَافِرُ، يَا خَبِيثُ، يَا لصُّ، يَا فَاجرَ، يَا مُنَافِقُ، يَا لوطيُّ يَا من يلْعَب بالصِّبيانِ، يَا آكلَ الرِّبَا، يَا شَارِبَ الْخمرِ، يا ديُّوثُ، يَا مخنَّثُ، يَا خائنُ، يَا ابْنَ القحبةِ، يَا ابْنَ الْفَاجِرَةِ، يَا زنديقُ، يَا قرطبانُ، يَا مأوى الزواني، أَو اللُّصُوصِ، أَو يَا حرَام زَاده».

على الشهادة، ويجري فيه اليمين والتكفيل. كذا في «قاضي خان».

(**يعزر من قذف**)؛ أي: بالمواجهة؛ لأنه لو قذف في غيبته.. لا يعزّر كما في فتاوى مشايخ الإسلام.

(**مملوكاً**) عبداً أو أمة أو أمّ ولد، (**أو كافراً بالزنا**)؛ لأنه جناية قذف، وقد امتنع وجوب الحدّ؛ لعدم الإحصان.. فوجب التعزير، قيده بالزنا.

وكذا يعزر المسلم بشتم الذمي بغير الزنا؛ كما صرّح به في «التاتارخانية»؛ حيث قال: يعزر المسلم إذا شتم الذمي. انتهى.

(**أو**) قذف (**مسلماً**) بغير الزنا؛ أعني : (**بيا فاسق، يا كافر، يا خبيث، يا لصّ، يا فاجر، يا منافق** [٦٤٣/ب] **بالوطي، يا من يلعب بالصّبيان، يا آكل الرّبا، يا شارب الخمر، يا ديّوث، يا مخنث، يا خائن، يا ابن القحبة**)؛ أي: الفاجرة كذا في «المصباح».

(**يا ابن الفاجر، يا زنديق، يا قرطبان**): وهو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلاً فيدعه خالياً بها.

وقيل: هو المسبب للجمع بين اثنين لأمر غير محمود.

وقيل: هو الّذي يبعث امرأته مع غلام بالغ، أو مع مزارعه إلى الضيعة، أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته. كذا في «الزيلعي».

(**يا مأوى الزواني أو اللصّوص، أو يا حرام زاده**)؛ لأنه ألحق بها الشان، ولا مدخل للرأي في الحدود.. فوجب التعزير، والرأي فيها إلى الإمام.

بخلاف ما إذا قذف مملوكاً أو كافراً بالزنا؛ لأنه يبلغ فيه التعزير غايته؛ لأنه من جنس ما يجب فيه الحدّ - وهو الرمي بالزنا - فتكون الجناية فيه أبلغ، فيعزّر فيه بأبلغ تعزير.

واعلم: أنّ وجوب التّعزير بهذه الألفاظ مقيّد بعجز القائل عن إثبات ما قاله؛ لما قال في «المحيط»: ولو قال له: يا فاسق يا فاجر يا مخنث يا لص، والمقول له: فاسق أو فاجر أو لص.. لا يعزر؛ لأنه صادق في إخباره، فلا يكون فيه إلحاق الشان به، بل الشان كان ملحقاً به.

ولما في «فتح القدير»: إنما يجب التعزير فيمن لم يعلم اتصافه به؛ أما من علم اتصافه.. فإن الشان قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل.

ولما في «القنية»: قال له: يا فاسق، ثم أراد أن يثبت بالبينة فسقه ليدفع التعزير عن نفسه.. لا تسمع بينته؛ لأن الشهادة على مجرّد الجرح والفسق لا تقبل، بخلاف ما إذا قال: يا زاني، ثم أثبت زناه بالبينة.. تقبل؛ لأنه متعلق الحدّ، ولو أراد إثبات فسقه ضمناً لما تصح فيه الخصومة؛ كجرح الشهود إذا قال رشَوْته بكذا فعليه ردّه.. تقبل البينة، فكذا هذا. انتهى.

وظهر منه: أن إثباته مجرّد فسقه لا يكفي في إيجاب التعزير، بل لا بدّ من إثبات فسق معيّن.

وقال في «البحر»: إنّ ما ذكره صاحب «القنية» فيما إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه، وأما إذا بيّنوه بما يتضمن إثبات حق الله تعالى أو للعبد.. فإنها تقبل؛ كما إذا قال له: يا فاسق فلمّا رفع إلى القاضي ادّعى أنه رآه قبّل امرأة أجنبية أو عانقها أو خلا بها أو نحو ذلك، ثم أقام رجلين شهدا أنهما رأياه فعل ذلك.. فلا شك في قبولها وسقوط التعزير عن القائل؛ لأنها تضمنت إثبات حق الله تعالى - وهو التعزير - على القائل؛ لأن حقّ الله تعالى لا يختص بالحدّ، بل أعم منه ومن التعزير، وكذلك يجري هذا في جرح الشاهد [٦٤٤/أ] بمثله وإقامة البينة عليه، وينبغي على

لَا بِـ: «يا حمَارُ، يَا كلبُ»، ....

هذا للقاضي أن يسأل الشّاتم عن سبب فسقه؛ فإن بيّن سبباً شرعيّاً.. طلب منه إقامة البينة عليه. انتهى.

ثم اعلم أنّ وجوب التعزير بالشتم لا يختص بصورة النداء، بل يجب أيضاً بصورة الإخبار؛ كما إذا قال: أنت فاسق، أو فلان فاسق ونحوه؛ لما قال في «القنية»: إذا قال: يا منافق، أو أنت منافق.. يعزر.

وفي «شرح الطحاوي»: والأصل في وجوب التعزير: أنّ كلّ من ارتكب حرمة أو آذى مسلماً بغير حقّ بقوله أو فعله.. وجب عليه التعزير، إلا إذا كان الكذب ظاهراً؛ كقوله: يا كلب. انتهى.

وفي «الأشباه»: من آذى غيره بقول أو فعل.. يعزر ولو بغمز العين.

وفي «التاتارخانية»: موجبات التعزير: الزهد البارد كتعريف نحو تمرة.

(**لا بِ «يا حمار، يا كلب»**).

وفي «قاضي خان»: لو قال لغيره: يا كلب.. ذكرنا أنه لا يعزر.

وعن الفقيه أبي جعفر: أنه يعزر؛ لأنه يعدّ شتيمة في عرفنا، والصحيح: أنه لا يعزر؛ لأنه كاذب قطعاً، فلا يلحق المقذوف شان بكلامه.

وفي قوله: يا حمار، يا خنزير، يا بقر.. ذكرنا أنه يعزر، وهو رواية «الأمالي» عن أبي يوسف، وفي رواية محمد: أنه لا يعزر؛ لما قلنا في الكلب، وهو الصحيح. انتهى.

قال ابن كمال الوزير: والضابط في هذا: أنه إن نسبه إلى فعل اختياري يحرم في الشرع ويعدّ عاراً في العرف.. يجب التعزير، وإلّا.. لا.

فخرج بالقيد الأوّل: النسبة إلى الأمور الخلقية، فلا يعزر في يا حمار ونحوه؛ فإن معناه الحقيقي غير مراد، بل معناه المجازي كالبليد، وهو أمر خلقي.

يَا قردُ، يَا تَيْسُ، يَا خِنْزِيرُ، يَا بقرُ، يَا حَيَّةُ، يَا حجَّامُ، يَا ابْنَ حجامٍ وَأَبوهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، يَا بغّاءُ، يَا مؤَاجرُ، يَا ولدَ الْحَرَامِ، يَا عيَّارُ، يَا ناكسُ، يَا منكوسُ، يَا سُخَرَةُ، يَا ضُحَكَةُ، يَا كشحانُ، يَا أبلهُ، يَا مُوَسْوَسُ».

وبالقيد الثاني: النسبة إلى ما لا يحرم في الشرع، فلا يعزر [في: يا] حجام ونحوه ممّا يعدّ عاراً في العرف ولا يحرم في الشرع.

وبالقيد الثالث: النسبة إلى ما لا يعدّ عاراً في العرف، فلا يعزر في: يا لاعب النرد ونحوه ممّا يحرم في الشرع. انتهى.

(يا قرد، يا تيس، يا خنزير، يا بقر، يا حية، يا حجام، يا ابن الحجام وأبوه ليس كذلك، يا بغّاء) - بالباء الموّحدة التحتية والغين المعجمة المشددة -: وهو المأبون أي المأتي في الدبر. كذا في «البحر».

(يا مؤاجر) اسم مفعول بفتح الجيم، وبكسر الجيم: اسم فاعل خطأ ههنا، كذا في «البحر».

(يا ولد الحرام، يا عيار، يا ناكس، يا منكوس، يا سخرة) بضم السين. كذا في «البحر».

(يا ضحكة) بضم الضاد. كذا في «البحر».

(يا كشحان) قال في «البحر»: رأيت في بعض الحواشي أنه بالحاء المهملة.

وقال في «المغرب»: [٦٤٤/ب] الكشحان: الديّوث الّذي لا غيرة له، وكشحه وكشحته: شتمه وقال له: يا كشحان. انتهى.

(يا أبله، يا موسوس)؛ يعني: لا يعزّر بهذه الألفاظ؛ أما في التسع الأوّل.. فلظهور كذبه، فلم يكن ألحق الشان به، بل الشان إنما ألحق باللّافظ.

وأما في بغاء؛ ففي «البحر»: ينبغي أن يجب فيه التعزير اتفاقاً؛ لأنه ألحق الشان به؛ لعدم ظهور الكذب فيه ظاهراً، وقد صرّح في «الظهيرية» بوجوب التعزير فيه؛

واستحسنوا تعزيرَهُ إِذا كَانَ الْمَقُولُ لَهُ فَقِيهاً، أَو علويّاً.

وَللزَّوْجِ أَن يُعَزّرَ زَوجتَهُ لتركِ الزِّينَةِ، وَتركِ الْإِجَابَةِ إِذا دَعَاهَا إِلَى فرَاشِهِ، وَتركِ الصَّلَاةِ، وَتركِ الْغُسْلِ مِنَ الْجَنَابَةِ، وللخروجِ من بَيتِهِ.

لأنه في العرف بمعنى: يا ولد الزنا، لكنه لم يجب به حدّ القذف؛ لعدم صريحه فيه، وقد ألحق الشان به فيجب التعزير.

وأما يا ضحكة؛ ففي «البحر»: ينبغي التعزير؛ لأنه بمعنى الشيء الذي يضحك منه، فالمقول له إن لم يتصف بذلك الشيء.. يلحق به الشان فيعزّر.

وأما كشحان؛ فينبغي فيه أيضاً التعزير للحوق الشان به؛ لأن معناه: الديوث. على ما ذكرناه من «المغرب».

وقال في «الحاوي القدسي»: سبٌّ عادَ سببه إلى السابِّ لا يعزر، وكل سبب عاد سببه فيه إلى المسبوب ولا يبلغ حدّ الحدّ.. يعزّر فيه على قدره وعلى قدر مرتبة الساب والمسبوب.

ولو قال: يا كلب، أو يا خنزير، أو يا حمار.. يعزر لو كان المسبوب إليه من الأشراف، وإلا.. لا.

(**واستحسنوا تعزيره إذا كان المقول له فقيهاً أو علوياً**)؛ لأنه يلحقهم الشان به.

(**وللزوج أن يعزر زوجته لترك الزينة، وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، وترك الصلاة، وترك الغسل من الجنابة، وللخروج من بيته**)؛ لأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى.. فتعزر على المخالفة.

وذكر في «النهاية» ما يخالفه: أن الزوج إنما يضربها لمنفعة تعود إليه، لا لمنفعة تعود إليها، ألا ترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة؛ لأن منفعته لا تعود إليه، بل تعود إليها؟!

ولا يخفى عليك أن للزوج أن يعزر زوجته في غير هذه المواضع أيضاً.

وَأَقَلُّ التَّعْزِيرِ: ثَلَاثَةُ أسواطٍ.

وَأَكْثَرُهُ: تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ.

وذكر في «البحر» جواز ضربها في مواضع كثيرة، ثم قال: والمعنى الجامع للكل: أنها إذا ارتكبت معصية ليس فيها حدّ مقدّر.. فإن للزوج أن يعزرها كما أن للسيد كذا لعبده.

(**وأقل التعزير: ثلاثة أسواط**)؛ لعدم الانزجار فيما دونه، وقيل: أدناه على ما يراه الإمام، فيقدر بقدر ما يعلم أنّه ينزجر، واختاره أكثر مشايخنا.

وفي «فتاوى ابن النجم»: إذا ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضاً، هل عليهما التعزير أم لا؟

أجاب: نعم، يعزران ويبدأ بإقامة التعزير على البادئ منهما. انتهى.

بخلاف ما إذا تشاتما بلفظ واحد؛ مثل أن يقول [٦٤٥/أ] له: أنت ملعون، وقال الآخر له: بل أنت ملعون.. لا يعزر واحد منهما؛ لأنه سقط بالتعارض، بخلاف الضرب؛ إذ لا يمكن التساوي بين الضربين.

(**وأكثره: تسعة وثلاثون. وعند أبي يوسف: خمسة وسبعون**).

والأصل فيه: قوله ﷺ: «من بلغ حدّاً في غير حدّ.. فهو من المعتدين» ذكر البيهقي أن المحفوظ أنه مرسل، والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل، والمنقول من الروايات بتخفيف بلغ من البلوغ، وأما ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل؛ إن صحّ.. فعلى حذف المفعول الأوّل تقديره: «من بلغ التعزير حدّاً في غير حدّ». كذا قالوا.

وتعقبّه في «العناية»: بأن فيه نبوة تعرف بالتأمّل الصادق.

ولعلّ وجههما: أنها حينئذ يكون قوله: «في غير حدّ» ركيكاً، ويمكن أن يكون تقديره: «من بلغ الضرب حدّاً في غير حدّ.. فهو من المعتدين» فحينئذٍ ترتفع السؤة.

وَيجوزُ حَبسُهُ بعدَ الضَّرْبِ.

فإذا تعذر تبليغه حدّاً؛ فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحدّ - وهو حدّ العبد في القذف - فصرفاه إليه، وذلك أربعون، فنقصاه عنه سوطاً لتعذر بلوغه إلى مرتبة الحد بالنصّ المذكور.

فإن قيل: ما وجه نقصان السوط الواحد؟

أجيب: بأن البلوغ إلى مرتبة الحد لما تعذر وليس بعده قدر معين؛ كربع أو ثلث أو عشر.. صير على أقل ما يمكن وهو الواحد؛ لأنه متيقن، نظيره: ما ذكروه في وقت الصلاة؛ فإن كل الأوقات لما لم يمكن أن يكون سبباً وليس بعده قدر معين.. صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزأ على ما قدّمناه ثمة.

وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار؛ إذ الأصل هو الحرية، ثم نقص سوطاً في رواية هشام عنه لتيقنه على ما ذكرناه آنفاً، وهو قول زفر.

وفي ظاهر الرواية عنه: نقص خمساً على ما ذكره المصنف - وهو الاستحسان - وهو المأثور عن عليّ.

قالوا: والصحيح: قول أبي حنيفة ومحمّد؛ لأن من اعتبر حدّ الأحرار فقد بلغ الضرب حدّاً - وهو حدّ العبد - والتنكير في الحديث المذكور ينافيه؛ لأنه في سياق النفي يفيد عموم الأوقات؛ لأن معناه: أن لا يبلغ حدّاً أصلاً، وإن ما روي عن علّي غريب.

(**ويجوز حبسه بعد الضرب**)؛ أي: إن رآه الإمام، وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير لا ينزجر به، أو هو في شكّ من انزجاره به، فيضم إليه الحبس؛ لأن الحبس صلح تعزيراً بانفراده، حتى لو رأى أن لا يضربه ويحبسه أيّاماً عقوبة له.. فعل ذلك على ما ذكروه في «الفتاوى»، وقد ورد به الشرع أيضاً [٦٤٥/ب]؛ روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً للتعزير، فجاز أن يضم إليه عند الرأي.

وَأَشَدُّ الضَّرْبِ: التَّعْزِيرُ، ....

وفي كتاب الأشربة من «البزازية»: زنى في رمضان، وادّعى شبهة ليسقط الحدّ.. عزّر وحبس، ولو أفطر فيه وادعى شبهة.. عزّر ولا يحبس.

المسلم الذي يبيعه أو يأكل الربا.. يعزّر.

المخنث والنائحة والمغنية.. تعزر وتحبس حتى تتوب. انتهى.

(**وأشد الضرب: التعزير**)؛ لأنه جرى فيه التخفيف مرة من حيث العدد، فلا يخفّف من حيث الوصف؛ لئلا يؤدّي على فوات المقصود من الانزجار، واختلفوا في شدّته؛ قال في «شرح الطحاوي»: **قال بعضهم**: هو الجمع في عضو؛ أي: يضرب الأسواط في عضو واحد ولا يفرق على الأعضاء، بخلاف سائر الحدود؛ فإنه يفرق فيها على الأعضاء.

وقال بعضهم: لا، بل شدته في الضرب لا في الجمع. كذا في «غاية البيان» و «العناية».

والذي ظهر منه: أنّ في شدته اختلاف الروايتين.

وقال في «فتح القدير»: وذكر في «المحيط»: أن محمّداً ذكر في حدود «الأصل» أن التعّزير يفرّق على الأعضاء.

وذكر في أشربة «الأصل»: يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسألة روايتان، بل موضوع ما ذكر في الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبيّة كل محرم غير الجماع، وأخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الإخراج، وإذا بلغ غاية التعزير.. فرق على الأعضاء، وإلّا.. أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه.

وموضوع ما في الأشربة: إذا عزر أدنى التعزير؛ كثلاثة أسواط ونحوها، وإذا حدّ عدداً يسيراً.. فالإقامة في موضع واحد لا يفسده، وتفريقها أيضاً لا يحصل منه مقصود الانزجار، فيجمع في محلّ واحد.

ثُمَّ حدُّ الزِّنَا، ثمَّ الشُّرْبِ، ثمَّ الْقَذْفِ.

وَمن حُدَّ أَو عُزِّرَ فَمَاتَ.. فَدَمُهُ هَدَرٌ.

وعلى هذا: يكون معنى شدة الضرب قوّته لا جمعه في عضو واحد بلا اختلاف رواية فيه، على خلاف ما ذكرناه من الكتابين المذكورين.

قالوا: ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود.

وقال في «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: ويضرب الظهر والإلية، وهو المروي عن أبي يوسف، وهل يجرد من ثيابه؟

ففي «قاضي خان»: يضرب قائماً عليه ثيابه وينزع الفرو والحشو، ولا يمدّ في التعزير. انتهى.

وفي «غاية البيان»: ويجرد في سائره إلا في حدّ القذف؛ فإنه يضرب وعليه ثيابه.

وفي «البحر»: الظاهر يجرد من ثيابه؛ لتصريح «المبسوط» به.

(ثم حد الزنا)؛ لأنه ثابت بالكتاب وأعظم جناية، حتى شرع فيه الرجم: وهو إتلاف النفس بالكلّية.

(ثم الشرب)؛ لأنه ثبت [٦٤٦/أ] بإجماع الصحابة، لكنه لا يتلى في القرآن.

(ثم القذف)؛ لأن سببه محتمل؛ لاحتمال كون القاذف صادقاً، ولأنه قد جرى فيه التغليظ مرّة بردّ الشهادة، فلا يغلظ مرّة أخرى من حيث الوصف.

(ومن حدّ أو عزّر فمات.. فدمه هدر) عندنا وعند مالك وأحمد.

وقال الشافعي: لا، بل يضمن ويجب الدية في بيت المال في رواية عنه؛ لأن نفع عمل الإمام يرجع إلى عامة المسلمين، فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم.

وفي رواية عنه: تجب على عاقلة الإمام؛ لأن أصل التعزير غير واجب عليه، ولو وجب.. فالضرب غير متعيّن في التّعزير، فيكون فعله مباحاً فيتقيّد بشرط

بِخِلَاف تَعْزِيرِ الزَّوْجِ زَوجَتَهُ.

السّلامة، ولم يسلم، فيجب على عاقلته.

ونحن نقول: إن الإمام مأمور بالحدّ والتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السّلامة؛ كما في الفصاد والبزاغ إذا لم يتجاوز المعتاد، ولأنه لا بدّ من الفعل، وإلّا.. عوقب لتركه واجباً، والسلامة خارجة عن وسعه؛ لأنه بين أن يفعل ما لا يكون مؤلماً زاجراً وبين أن يفعل ما يكون مؤلماً زاجراً، **وبالأوّل**: لا يسقط الواجب عن ذمّته، **وبالثاني**: وهو الواجب قد يتحقق أن يموت الإنسان، فلا يتصور الأمر بالضرب المؤلم الزاجر مع شرط السلامة عليه، بخلاف المباحات؛ فإنها رفع الجناح في الفعل وإطلاقه، وهو مخيّر فيه بعد ذلك غير ملزم به.. فصحّ تقييده بشرط السّلامة؛ كالمرور في الطريق والاصطياد.

(**بخلاف تعزير الزوج زوجته**)؛ لأنه مباح، ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله تعالى به، فيتقيد بشرط السلامة، فلا يكون دمها هدراً.

فإن قيل: إن الزوج إذا جامع زوجته فماتت من الجماع أو أفضاها.. لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وإن كان الجماع مباحاً، ولم يقيداه بشرط السّلامة.

أجيب: بأن القياس: الضمان هنا أيضاً، إلّا أنّا تركناه؛ لضرورة ضمان المهر في ابتداء ذلك الفعل؛ لأنه لو أوجبنا ضمانا آخر بموتها وهي الدية.. لزم اجتماع ضمانين مقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع، وذلك لا يجوز. كذا في «النهاية».

أقول: فيه نظر؛ لأن المهر في مقابلة منفعة البضع، والدية في مقابلة تلف النفس أو العضو فكيف يجتمع الضمانان بمقابلة مضمون واحد؟! إلا أن يقال: إن تلف النفس يتضمن تلف منفعة البضع، فتكون الدية [٦٤٦/ب] في مقابلة تلف النفس ومنفعة البضع معاً، فيلزم اجتماع ضمانين بمقابلة منافع البضع.

* * *

الفهرس